

《特別研究（2009年度）》

公法上の当事者訴訟 ——「人権救済訴訟」研究序説——

猪 股 弘 貴☆

Tōjisha-soshō in Public Law ——An Introduction to the Study of "Human Rights Lawsuit"——

Hiroki Inomata

1 はじめに

2004（平成16）年の行政事件訴訟法の改正点は多岐にわたるが¹、改正の影響は、裁判所、とりわけ最高裁判所の判決に現れている。小田急高架事件²、病院開設中止勧告事件³、土地区画整理事業の事業計画に処分性を認めた事件⁴、あるいは在外邦人（日本人）選挙権訴訟事件などがその例である⁵。これらの判決の中で、在外邦人選挙権訴訟は、選挙権の平等という論点だけに留まらず、立法行為の国家賠償、さらには公法上の当事者訴訟についての、それまでの最高裁の態度を前進させる重要な判決である⁶。

本稿では、公法上の当事者訴訟について、それが実は、憲法上の人権を争点とする訴訟において、その侵害を争う有効な手段となり得ることから、当事者訴訟が登場する経緯を明らかにし、その機能の原点を検討するものである⁷。すなわち、行政事件訴訟法の改正が引き金となって、これまで必ずし

☆法学部専任教授

* 本稿は、2009年度特別研究（明治大学社会科学研究所）の研究成果である。

1 この点に関する文献は枚挙にいとまがないが、たとえば、「特集 行政事件訴訟法改正」ジュリスト1277号参照。

2 最大判平成17年12月7日判時1920号13頁。

3 最判平成17年7月15日民集59巻6号1661頁。

4 最大判平成20年9月10日民集62巻8号2029頁。

5 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

6 なお、最大判昭和41年7月20日民集20巻6号1217頁について、「薬事法の憲法違反を理由として、許可又は許可の更新を受けなくても特定日以降も薬局の開設が出来ることの確認を求めた訴えが適法とされた事例」として、行政訴訟検討会事務局は紹介している。行政訴訟検討会第25回配布資料4「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料）」1頁参照。

7 この点についてのすぐれた先駆的研究として、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト——」民商法雑誌130巻6号1頁以下参照。なお、公法上の当事者訴訟は二種類、すなわち形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟とに分けられるが、ここでの関心は後者にのみ存在する。また、近時、実質的当事者訴訟における確認訴訟の部分について、単に確認訴訟と呼ぶことが一般化している。もちろんこれに誤りがあるわけではないが、確認訴訟とのみ記すことは、無効等確認訴訟などの抗告訴訟を含めて構成する趣旨なのか明確にされないので、単なる確認訴訟という言い方で、公法上の当事者訴訟の確認の訴えを意味することは避けることにする。

も明確ではなかった、法令が憲法上の人権を侵害し⁸、確認の利益が認められるならば、これを公法上の当事者訴訟（実質的当事者訴訟）において、争うことが可能となる道が開かれたのではないか、ということである。さらに、それをより確固なものとするためには、理論的に何が必要とされるのかを明らかにしようというものである⁹。それでは、まず、平成17年の在外邦人選挙権訴訟が、如何なるものであったかの検討から始めることにする。

2 在外邦人選挙権訴訟平成17年最高裁大法院判決

在外邦人（日本人）については、かつて選挙に関し、投票の機会が全く与えられていなかった。1998（平成10）年の公職選挙法の改正により、比例代表選出議員の選挙について投票の機会を与えることにし、衆議院小選挙区選出議員および参議院選挙区選出議員の選挙については、在外邦人への候補者個人に関する情報を伝達することが極めて困難であること等を勘案して、当分の間、当票の機会を与えないことにしていた。これに対して、日本国外に居住する日本国民が（そのうち3名は裁判中に帰国している）、在外居住者であることを理由として選挙権の行使の機会が保障されないことは、憲法14条1項、15条1項・3項、43条および44条並びに「市民的及び政治的権利に関する国際規約」25条に違反するとして、（1）1998（平成10）年改正前の公職選挙法が、原告らに衆議院議員および参議院議員の選挙権の行使を認めていない点において、違法（憲法および条約違反）であることの確認、（2）改正後の公選法は、原告らに衆議院小選挙区選出議員および参議院選挙区選出議員の選挙権行使を認めていない点において、違法（憲法および条約違反）であることの確認、（3）国会が過失により原告らの選挙権行使を可能にするための公選法の改正を怠ったために、原告らは1996（平成8）年10月20日に行われた衆議院議員選挙において選挙権行使ができなかったことによる損害（慰謝料）の賠償を求めたのが本件である。

第1審東京地裁は¹⁰、まず上記（3）について、「国会議員が平成8年10月20日に行われた衆議院議員選挙までに在外日本人である原告らの選挙権行使を可能にするような公職選挙法の規定の改正を行わなかったことが、憲法又はB規約の一義的な文言に違反するものでないことは明らかであるから、右の立法をもって、国家賠償法1条1項の適用上、違法と評価すべき例外的な場合に当たると認めることはできない」として、損害賠償請求には理由がないとした。（1）および（2）の違法確認請求について、以下のように述べて訴えを却下した。

8 しかし、何が憲法で保障されている人権なのかは、必ずしも明らかではない。ここでこの問題に触れることはしないが、少なくとも憲法に特定の、明示されているものがそれであることは明らかである。憲法訴訟上の論点について言及する文献として、高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」『法曹時報』61巻12号3614頁以下参照。

9 なお、このような機能を、まさに本判例がそうしたように、立法行為の国家賠償訴訟において果たすことに反対するものではない。しかし、法令そのものの人権侵害を国家賠償訴訟で争うには、乗り越えなければならない要件が多く存在し、後に検討するように、この点当事者訴訟においても、確認の利益の問題が障害になるとはいえ、後者の手段が人権侵害の確認にはより適しているといえる。

10 東京地判昭和37年10月24日行集13巻10号1858頁。

「原告らの権利行使が認められていないとする部分は、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法において、選挙権を有する在外日本人一般について右選挙権行使の方法が確保されていないという一般的状態を現在の原告らの立場にあてはめて表現したにすぎないというべきであり、この意味における原告らの立場は、選挙権を有する他の在外日本人と特に異なることなく、また、特定の選挙を個別的に取り上げて原告らの権利行使が認められていないことを主張するものでもない。

したがって、本件各違法確認請求に係る訴えは、結局のところ、具体的紛争を離れて、改正前の公職選挙法又は改正後の公職選挙法の違法の確認を求める訴えであるというべきであり、法律上の争訟には当たらないと解すべきである。

また、仮に本件違法確認請求に係る訴えが法律上の争訟に当たると解したとしても、右各訴えは不適法であるというべきである。

すなわち、原告らは、右各訴えは実質的当事者訴訟であると主張するが、その請求の内容からすれば、右各訴えは、要するに・・・国会の立法権限の不行使に対する不服の訴えにはかならないから、公権力の行使に関する不服の訴訟として、抗告訴訟の類型に属する訴えと解するのが相当である。

そして、右のようないわゆる無名抗告訴訟は、無制限に許容されるものではなく、三権分立の原則からすれば、それが適法な訴えとして許容されるためには、少なくとも、行政庁が処分をなすべきこと又はなすべからざることについて法律上羈束されており、行政庁に自由裁量の余地が全く残されていないなど、第一次判断権が行政庁に留保することが必ずしも重要ではないと認められることが必要と解されている。」

本件においては、無名抗告訴訟が許容される場合には当たらないというべきであるとして、違法確認請求に係る訴えをいずれも却下し、その余の請求を棄却した。

東京高裁においては¹¹、公選法が違法であることの確認を求める主位的請求に加えて、「控訴人ら21名が、衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選挙議員において選挙権を行使する権利を有することを確認する」との、予備的請求が加えられたことが注目される。また、控訴人は、その主張を補充する中で、第1審判決が違法確認の請求について、それを無名抗告訴訟としたことについて、以下のような批判を加えている。

「本件の違法確認の訴えは、特定の行政処分を対象とすることなく、公法上の権利について法令の違法確認を求めるものであるから、無名抗告訴訟には該当せず、実質的当事者訴訟である。したがって、無名抗告訴訟として許容されるべき場合に当たらないとする原判決は、前提を誤っている。」

高裁判決は、立法不作為の国家賠償について、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法行うといった例外的な場合でない限り、国家賠償

11 東京高判平成12年11月8日判タ1088号133頁。

法第1条第1項の適用上、違法の評価を受けない」とした上で、本件が「例外的な場合に該当しないことは、明らかとところといわなければならない」としている。次に、違法確認を求める主位的訴訟について、「単に在外日本人であるということを理由に、公職選挙法の規定の一部の違法確認を求める訴えと解さざるを得ないから、このような訴えは、具体的紛争を離れて、抽象的、一般的に法令等の違憲あるいは違法性等に関する判断を求めるものといわなければならない、裁判所法第3条第1項にいう『法律上の争訟』に該当しないので、不適法である。」さらに、予備的請求に係る選挙権確認の訴えは、「直接法令等の違憲あるいは違法性等に関する判断を求める訴えではないが、改正後の公職選挙法が、在外日本人のために衆議院小選挙区及び参議院選挙区選出議員選挙において選挙権を行使する権利を有することの確認を求めるというのは、裁判所に対して、同法が在外日本人に右各選挙において選挙権を行使する権利を認めていないことの違憲、違法を宣言することを求めているのか、又は右行使をする権利を創設することを求めるものといわなければならない。そうすると、違法確認の訴えと同様、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する右訴えも、主位的請求に係る紛争ではなく、抽象的、一般的に法令等の違憲、違法をいうか、又は更に一般的に権利を創設する判断を求めるものといわざるを得ず、裁判所法第3条第1項にいう『法律上の争訟』に該当しないことは明らかであるから、不適法といわざるを得ない」とした。さらに、以下のような付言もしている。

「我が国の憲法は、国家権力の行使を、立法を担当する国会、行政を担当する内閣及び司法を担当する裁判所に分属させるという権力分立の基本理念に立ち、裁判所については、具体的・現実的な争訟の解決を目的とするいわゆる司法裁判所を設け、抽象的、一般的な法令についての判断等を行ういわゆる憲法裁判所等は設けていないのであるから、このような現行制度の下においては、訴訟の対象となり得るものは、国民の具体的な権利義務、法律上の地位に直接影響を及ぼすものでなければならない、前記のように具体的・現実的な争訟を離れて抽象的、一般的な判断を求める主位的請求に係る違法確認の訴え及び予備的請求に係る選挙権確認の訴えが許されないことは、憲法の仕組みに照らしても、当然のところというべきである。

なお、個別具体的な選挙において国民の選挙権が侵害された場合に、すべて司法的救済の道が閉ざされているというわけではないことは、既に説示したとおりである。」

このように、違法確認の訴えについて、主位的請求についても、予備的請求についても裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に該当しないことから、不適法であるとして斥けられている。

最高裁は、15人の最高裁判事の判断が分かれ、その12名からなる多数意見は、画期的な判断を下した¹²。

まず、本件改正前の公職選挙法の憲法適合性について、以下のように述べている。

「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和59年

12 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票することを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。」

本件改正後の公職選挙法の憲法適合性については、以下のように述べている。

「本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。また、参議院比例代表選出議員の選挙制度を非拘束名簿式に改めることなどを内容とする公職選挙法の一部を改正する法律（平成12年法律第118号）が平成12年11月1日公布され、同月21日に施行されているが、この改正後は、参議院比例代表選出議員の投票については、公職選挙法86条の3第1項の参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、既に平成13年及び同16年に、在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなども併せて考えると、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票することを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできず、公職選挙法附則8項のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書きに違反するものといわざるを得ない。」

公法上の当事者訴訟は、民事訴訟に対応して、形成訴訟、給付訴訟、および確認訴訟の形態をとり得るが、ここで主張されている確認の訴えについては、「確認の利益」が必要とされる。最高裁の多数意見は、本件主位的確認請求のうち、改正前の公職選挙法が違法であることの確認を求める訴えは、「過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である。」また、主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正後の公選法が違法であることの確認を求める訴えは、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ、本件においては、後記3のとおり、予備的確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといえることができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない。」

「3 本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる。その内容をみると、公職選挙法附則8項につき所要の改正がされないと、在外国民である別紙当事者目録1記載の上告人らが、今後直近に実施され

ることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙において投票することができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。

選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。

そうすると、本件の予備的確認請求に係る訴えについては、引き続き在外国民である同上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票することができる地位にあることの確認を請求する趣旨のものとして適法な訴えといふことができる。

4 そこで、本件の予備的確認請求の当否について検討するに、前記のとおり、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するもので無効であって、別紙当事者目録1記載の同上告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票することができる地位にあるといふべきであるから、本件の予備的確認請求は理由があり、更に弁論するまでもなく、これを認容すべきものである。」

さらに、多数意見は、国家賠償請求についても、最高裁昭和60年11月21日第1小法廷判決を維持させながらも、「このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない」として、認容したのである。

この多数意見に対して、横尾和子最高裁判事および上田豊三最高裁判事は、次のような反対意見を述べている。すなわち、在外国民も、「国民である限り選挙権を有していることはいうまでもないが、そのような在外国民が選挙権を行使する、すなわち投票するに当たっては、国内に居住する国民の場合に比べて、様々な社会的、技術的な制約が伴うので、在外国民にどのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができるのかということも国会において正当に考慮しなければならない事項であり、国会の裁量判断にゆだねられていると解すべきである」として、「本件の主位的確認請求に係る訴えは不適法であり、予備的確認請求に係る訴えは適法で

あるとする多数意見に同調するものであるが、公職選挙法附則 8 項の規定のうち在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定している部分も違憲とはいえないと解するので、本件の予備的確認請求は理由がなく、これを棄却すべきものと考え」とし、国家賠償請求については、そのような不作為は違憲ではないから、同じく上告棄却とすべきであるとしている。

なお、泉徳治最高裁判事の反対意見は、「国家賠償請求の認容に係る部分に反対し、それ以外の部分に賛同する」というものであり、その理由は、上告人らの予備的確認請求訴訟において、在外国民に対する選挙権行使の裁判による救済の途が開かれている限り、あえて金銭賠償を認容する必要がないというものである。

このように、反対意見、特に横尾最高裁判官および上田最高裁判官による、在外邦人に選挙区における選挙権行使を認めなくても、それは立法裁量の範囲内であり、合憲とする意見が存在したものの、確認訴訟が適法に成立していることは、全員が認め、それを前提に議論しているという画期的な判決を下したのである。これは、わが国における「人権救済訴訟」の幕開けとも言える、エポック・メイキングな判決として、評価できるものである。

3 当事者訴訟

(1) 行政事件訴訟特例法

当事者訴訟が一般的に制度化されるのは、戦後の行政事件訴訟特例法の制定によるが、実は、戦前においても、理論上、あるいは個別の立法において¹³、さらには行政裁判法の改正法案の中に、垣間見ることができる。

戦前における当事者訴訟の主唱者は、美濃部達吉博士であった。美濃部博士は、その著書『行政裁判法』において¹⁴、おそらくはドイツ行政法から示唆を得て¹⁵、今日の分類に引き直せば形式的当事者訴訟に相当するものではあるが、行政訴訟の一種として、当事者訴訟を挙げていた¹⁶。また、戦前の行政裁判制度の改正問題において¹⁷、当事者訴訟を盛り込むことをリードしたのも、美濃部博士であったことは、想像に難くない¹⁸。ただし、美濃部博士の当事者訴訟は、あくまで列記主義の枠の中での主張であった。すなわち今日の分類では、形式的当事者訴訟の提唱であった。

13 たとえば、漁業法56条、鉱業法90条などである。美濃部達吉『行政裁判法』（昭和4年、千倉書房）71頁以下参照。

14 美濃部・同上・63頁以下参照。その他、戦前に当事者争訟に言及しているものとして、宮沢俊義『行政争訟法』（昭和11年、日本評論社）8頁以下参照。

15 田上稔治「ドイツ行政法」田中二郎他編『行政法講座 第1巻』（昭和31年、有斐閣）。

16 美濃部・前掲注13・7頁参照。

17 なお、戦前の行政裁判制度の改正の主な論点は、概括主義の採用と権限裁判所の創設であり、当事者訴訟の導入が中心の問題ではなかった。戦前において改正がなされたのは、行政裁判所長官を、裁判所構成法の改正により、勅任から親任に改めたことのみであった。田中二郎『行政争訟の法理』（昭和29年、有斐閣）455頁参照。

18 田中館博士は、次のように述べている。「臨時法制審議会は、美濃部達吉博士の主導の下に広汎濃密な審議を行ない、昭和三年二月、行政裁判法の改正の必要性を認め『行政裁判法改正綱領』を答申した」（田中館照橘『行政裁判の理論』（昭和62年、信山社）302頁。さらに、和田英夫『行政裁判』（日本近代法発達史）（昭和33年、勁草書房）86頁参照。

1928（昭和3）年2月に、臨時法制審議会（当時）は、行政裁判法を改正する必要があるとして、その改正綱領を答申したが、その中で「行政訴訟ヲ分チテ左ノ三種トスルコト」として、「甲 抗告訴訟、乙 当事者訴訟、丙 先決問題ノ訴訟」を挙げていた¹⁹。1929（昭和4）年9月に、政府は、行政裁判法改正委員会を設け、上記綱領に基づいて、行政裁判手続等を調査審議することとした。この委員会は、さらに主査委員を置いて審査にあたらせ、1931（昭和6）年7月、行政裁判所法案および行政訴訟法案を起草し、総会において前者は原案通り、後者にはごく一部修正の上、可決されたのであった²⁰。その行政訴訟法案の第3条には、「行政訴訟ハ抗告訴訟、当事者訴訟及ビ先決問題ノ訴訟トス」と規定され²¹、これは美濃部博士の『行政裁判法』と同じ分類である²²。田中館博士は、以下のように述べている。

「即ち第一に行政訴訟を原則として単に抗告訴訟にのみ限定し、而も之に列記主義を採用することは、制度として如何にも不完全で、抗告訴訟に付いて概括主義を採用するのみならず、第二に、一般に当事者訴訟、確認訴訟をも認め、以って完全なる公法裁判たらしむべしとの論が主張されるに至るは当然であった。」²³

この法案は、戦前における行政裁判制度改正に関して、諸問題を一挙に解決することを目論んだものといえるが、それだけに関係各省間の調整がつかず、ついに帝国議会で提案されることなく、終戦をむかえたのである²⁴。

さて、新憲法制定時に、当時の司法省および憲法問題調査委員会（松本委員会）の雰囲気は、行政裁判所を廃止し、行政訴訟を通常の司法裁判所に属させる方向であったといわれている²⁵。いずれにせよ、昭和21年3月6日には、憲法改正草案要綱が発表され、行政裁判所の廃止が確実なものとなった。そこで、すべての行政上の処分に関する「法律上の争訟」は、通常裁判所の管轄とされたことから、行政事件の訴訟手続に関する法律の立案が検討課題となるのである。ここでは、当事者訴訟の導入に関わる部分を中心に、内藤頼博氏が残された、貴重な資料に依拠しながら検討をする²⁶。

1946（昭和21）年7月11日、臨時法制調査会は、第1回総会を開き、行政訴訟に関することは、司法に関する事項として、第3部会すなわち司法法制審議会において審議すべきものとされた。同年7月12日の司法法制審議会第1回総会において、行政訴訟に関することは、同会第1小委員会において

19 田中館・同上・462頁。

20 同上・464頁。

21 同上・469頁。

22 当事者訴訟は第3章とされ、第18条から第36条にわたって規定されている。同上・472-473頁参照。

23 同上・382頁。

24 同上・498-499頁。

25 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過（第4分冊）』司法研究報告書第8輯第10号76頁以下参照。

26 なお、これまでのわが国における立法過程において、記録として残されるのは、公開の場における議論であって、様々な組織内での議論について、記録が残されることなく、法案の成立とともにそれらは廃棄されてきた。個人が私的に所有していたもののみしか、後に見ることができないのは、誠に残念なことである。たとえば行政事件訴訟特例法についての資料のように、しばらくは記録が残されていたが、それらがなくなるといふ、信じられないことが、日常的に行われてきた。公文書等の管理に関する法律（平成21年7月1日法律第66号）の制定は大いに歓迎されることではあるが、遅きに失した法律であると言わざるを得ない。

審議すべきものとされ、8月2日の第9回第1小委員会において、〔第1次〕行政訴訟法案要綱が提示され²⁷、討議されたが、そこには当事者訴訟に関わる規定は存在しない。ただし、ここで注意しておかなければならないことは、当時、前記1936（昭和6）年の行政裁判所法案および行政訴訟法案も、そこでの参考資料とされていたことである。

当事者訴訟が登場するのは、1946（昭和21）年8月7日の〔第2次〕行政訴訟に関する特別要綱（案）においてである。この案は、その冒頭で、「左の行政訴訟は本要綱によるものとし、本要綱に特別の定めがない場合に於いては民事訴訟によるものとする。（イ）行政庁を被告として、その違法な命令又は処分の取消又は変更を求める訴訟（ロ）当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟」²⁸、と述べられている。これは、1946（昭和21）年8月21日の臨時法制調査会第2回総会において配布された、〔第3次〕行政訴訟に関する特則案要綱（案）においても維持されたが、1946（昭和21）年9月9日の第14回第1小委員会に〔第4次〕行政事件に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案要綱が配布され、これには公法上の当事者訴訟の規定が見られないが、答申案としてはこれによらず、総会に提出された〔第3次〕案によることにしたのである²⁹。この〔第3次〕案は、〔第5次〕案として、1946（昭和21）年10月22日開催の臨時法制調査会第3回総会の二日目（23日）に可決され、臨時法制調査会会長から内閣総理大臣に答申されたのであった³⁰。

他方、司法省民事局においても、臨時法制調査会、司法法制審議会の審議の進行に応じて、既に法案の起草に着手しつつあったが³¹、起草委員・幹事において、「〔第1次〕行政訴訟に適用する民事訴訟法の特例に関する法律」が作成された³²。ここには、公法上の当事者訴訟の規定は存在しない。内藤氏によると、その後、「8月27、28両日田中・兼子両教授を中心に、起草委員・幹事は、基本的な問題を検討しつつ、右〔第1次〕案について討議した。これは、兼子教授の参画して起草された右の案に対し、田中教授の批判を求める意味もあったのである」³³。そして、内藤氏のメモが資料の中に残されており、そこには次のような、非常に興味のある応答が記されている。

「熊野幹事 当事者訴訟を残す方が理論的に正しいように考え直してきた。

兼子委員 当事者訴訟が係属したとき、行政行為の取消を求める必要があれば、行政庁を参加させることができるからいいと思う。今日の統制法にある『当事者間に協議調わなければ裁決する』という場合も、まず裁決の取消を求める抗告訴訟を起こさせる。

田中委員 これからは、当事者訴訟を基本として、金をもっと出せという人が出す義務のある人を相手として訴訟を起こすようにしたい。抗告訴訟という形では、勝った場合に執行に困

27 同上・353-355参照。

28 同上・355頁。

29 同上・80頁。

30 同上。

31 同上・80-81頁参照。

32 同上・364-367頁。

33 同上・83頁。

る。取消の上で、もう一度金を出させる人を相手にせねばならぬ。民事訴訟法による以上は、当事者訴訟を基本とすべきで、裁決した行政庁は、裁決の事情を明にさせるために参加させる。判決では裁決の取消はしない。金を出す義務のある人に金の支払いを命ずる。実質的には、裁決が取消されたのと同様になる。それを抗告訴訟とすると、当事者訴訟は、ほとんどなくなる。公共団体の境界画定の外、一〔、〕二のものがあるに止まるだろう。裁決の取消という形で訴えを起こして、裁決庁を被告とするという考え方と、当事者間に訴訟を起こして裁決庁に参加させるという考え方がある。民事訴訟としては、今までは当事者間の訴訟とした。土地収用の損失補償の問題も、民事上の売買だという考え方もある。しかし、そうは言い切れないが・・・・・・・・。

兼子委員 売買とはいえなくても、私法上の権利関係ではある。売買の成立や内容は官庁によって定められるとしても出て来た当事者の間では私法上の関係と思う。俸給のようなものは、公法関係だと思う。

田中委員 当事者の間の公法上の関係といっても、範囲が漠然としている。そこで本案の終りに、当事者訴訟にも特例が準用できるとしておけばいいと考えた。本案中、当事者訴訟（牽連請求）には、第十条は生きて来ないのではないか。出訴期間については、従来の扱いでも、強制参加のときは出訴期間の定めのないものとして扱っている。司法裁判所へ持ってゆくことの意味が、自分の考えは違う。英米式に損害賠償とか、損失補償でくれば、抗告訴訟はなくなる。」³⁴

上記の応答から、田中博士が当事者訴訟の導入を勧めていたことが理解され得る。結局、1946（昭和21）年9月1日付けの「〔第2次〕行政事件に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案」第19条に、「（当事者訴訟）当事者間の公法上の権利関係に関する訴訟については、第十条から第十四条まで及び第十九条の規定を準用する」³⁵、と規定されるに至ったのである。これがそのまま、10月22日には〔第3次〕案、12月28日には〔第4次〕案、さらに1947（昭和22）年1月13日に民事局で、一応の閣議請求案として「〔第5次〕行政事件に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案」を作り、さらに第1条ないし第4条について別案を作り、1947（昭和22）年2月5日、この第5次案および別案について、法制局の審査が開始されることになるのである。

2月19日に〔第6次〕行政事件訴訟特例法が作成され、そこでは、これまでの当事者訴訟についての第19条は、以下のように、第1条の法律の趣旨についての規定に組み込まれている。

「第1条（この法律の趣旨）行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他の公法上の権利関係に関する訴訟については、民事訴訟法による外、この法律の定めるところによる。」³⁶

「〔第5次〕行政事件に適用する民事訴訟法の特例に関する法律案」と〔第6次〕案を比較してみる

34 同上・87-88頁。

35 同上・370頁。

36 同上・384頁。

と、まず法案名が変更され、後者では「行政事件訴訟特例法」とされている。また、上に述べたように、当事者訴訟についての19条の規定が、法律の趣旨の1条の規定に組み込まれる形となっている。なぜこのような変更が加えられたのか、今日入手可能な資料だけでは詳らかにすることはできない。想像の域を出るものではないが、当初から、民事訴訟法をベースとしながら、行政訴訟における特例の規定を定めることを目指すのか、行政訴訟自体、民事訴訟と異なるとするスタンスから出発するのか、路線の違いがあったとされるが³⁷、ここに来て後者の発言力が増したことの帰結なのではないかと思われる。

この行政事件訴訟特例法案は、新憲法の施行日を目標としてその制定が急がれたにもかかわらず、その後、紆余曲折をたどる³⁸。第6次案は、新憲法施行後、半年も放置され、1947（昭和22）年10月28日には、8条からなる新案が作成されるが³⁹、これは「いわゆる行政裁判所的感觉を有するものはできるだけ排除しよう」との試みであったといわれている⁴⁰。

しかし、この新案について、1948（昭和23）年2月にG・H・Qとの折衝が始まるが、この時期、平野事件が発生し⁴¹、これが日本側を予期せぬ方向に導くことになる。ここで、従来からG・H・Qの主張であった、訴願前置主義の採用とともに⁴²、執行停止制度の制限と内閣総理大臣の異議の制度の創設が求められたのである。これらを受け入れることによって、すべての所要手続が終了し、第2回国会に行政事件訴訟特例法案として提出され、両院通過の後、1948（昭和23）年7月1日法律第81号として公布、同月15日施行されたのである。

（2）行政事件訴訟法

行政事件訴訟法の制定は、「行政事件訴訟特例法の施行中に提出された課題への解答」⁴³という意味合いを持つものであった⁴⁴。行政事件訴訟法の制定は、公式には、1955（昭和30）年3月、当時の法務大臣から法制審議会に対して、本件に関しての諮問をしたことに由来する⁴⁵。法制審議会の中に、行政訴訟部会が設置され⁴⁶、さらに部会に行政訴訟部会小委員会（以下「小委員会」という）が設置され

37 佐藤竺「行政事件訴訟特例法の立法過程」鶴飼信成『行政手続の研究』（昭和36年、有信堂）254頁参照。

38 周知のように、行政裁判所は新憲法施行とともに廃止され、行政事件は「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措施に関する法律（昭和22年法律75号）」8条により、出訴期間の制限を受けるだけにとどまった。

39 佐藤・前掲注37・256-257頁に、その全文が紹介されている。

40 同上・205頁。

41 平野事件について、たとえば、田中館・前掲注18・353頁以下参照。

42 内藤・第4分冊・105頁参照。

43 塩野宏編著『日本立法資料全集5 行政事件訴訟法（1）』（平成4年、信山社。以下、「塩野・行政事件訴訟法（1）」という）はしがきⅢ。

44 塩野宏編著『日本立法資料全集40 行政事件訴訟法（6）』（平成6年、信山社。以下、「塩野・行政事件訴訟法（6）」という）17-18頁参照。

45 塩野・行政事件訴訟法（6）・17頁（植木法務大臣説明）。

46 委員長は日本国憲法の制定過程に関わった、入江俊郎であり、部会議事録、さらには貴重な小委員会議事録を今日我々が目にするのができるのは、入江委員長が議事録を保管し、後にそれらは入江文書として国会図書館に寄贈されたことによる。

た。委員長は部会と同様、入江俊郎（最高裁判所判事。当時）が務めている。小委員会の主要なメンバーは、田中二郎（東京大学教授。当時）、田中真次（最高裁判所調査官。当時）、兼子一（東京大学教授。当時）、高辻正巳（法制局次長。当時）等である。後に、柳瀬良幹（東北大学教授。当時）が委員に加えられている。幹事には、杉本良吉、中村治朗、山内一夫、雄川一郎というそうそうたる人物があたり、後に三ヶ月章が加わっている。そこでの議論の柱は、訴訟の種類の類型化、訴願前置主義の原則廃止（この問題は、当時、内閣法制局において検討されていた、行政不服審査法の制定と関わる）、管轄裁判所の拡大、執行停止に対する内閣総理大臣の異議制度の整備、取消訴訟判決の第三者効およびこれとの関わりにおける第三者の訴訟参加等である⁴⁷。本稿では、当事者訴訟の制度化の過程のみに着目して、検討することにする。

法案は、第1次案から第5次案まで作成され、この第5次案が小委員会案とされ、行政事件訴訟特例法改正要綱試案と呼ばれ、ほぼこれがそのまま行政事件訴訟法として成立するのである⁴⁸。小委員会は全部で57回開催されたことが記録されているが⁴⁹、入江文書に残されているのは第42回（昭和34年3月17日開催）までであり、今日、この文書以外に小委員会での議論を知る手だては存在しないので、メンバー間の白熱した詳細な議論を知ることができるのは、そこまでである。

さて、第1次案（昭和31年9月20日）の段階で、既に当事者訴訟は行政事件の一類型とされ、以下のように記述されている。

「(当事者訴訟)

第五 当事者訴訟は、以下の事件をいうものとする。

- 一 当事者間に争のある場合に、法令により、行政庁に対し、裁決、裁定、審決その他の決定（以下単に行政庁の決定という。）の申請ができる行政上の法律関係に関する訴訟（以下この訴を行政上の法律関係の訴という。）
- 二 行政庁の処分または裁決の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟
- 三 公法上の権利関係に関する訴訟

註（一） B 案

第五の一号（行政上の法律関係の訴）を次のように訂正する。

- 一 法律関係を確認または形成する裁決、裁定、審決その他の決定にかかわる訴訟であって、法令によりその法律関係の当事者を被告とするもの

註（二） B 案

第五の二号（行政庁の処分の無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟）を削除し、第三の二（行政庁の無効処分に関する訴訟）の二号とする（前掲第五の註一 B 案参照）。

註（二） C 案（この案によるときは、この種の訴訟は、民事事件となる。）

47 塩野・行政事件訴訟法（6）・17-18頁参照。

48 高木光「小委員会の審議経過」塩野・行政事件訴訟法（1）・12-20頁参照。

49 塩野宏編著『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法（3）』（以下、「塩野・行政事件訴訟法（3）」という）20頁参照。

第五の二号（行政庁の処分が無効または不存在を前提とする現在の法律関係の訴訟）を削除する。」⁵⁰

ここには、後の形式的当事者訴訟と実質的当事者訴訟の原型を見ることができ、後に無効等確認訴訟として立法化されるものをも含むのか、あるいは削除するのが議論されている。また、この第1次案で注目されるのは、行政事件訴訟の類型が、後に立法化される4種類ではなく、「抗告訴訟」、「先決問題訴訟」、「当事者訴訟」、「規範統制請求訴訟」および「機関訴訟」とされていたことである。この中で、本稿との関わりにおいて注目されるのは、規範統制請求訴訟であり、以下のような案が作成されていた。

「（規範統制請求訴訟）

第六 規範統制請求訴訟は、^{註（一）}法令の効力に関する訴訟をいうものとする。

註（一） B 案

第六（規範統制請求訴訟）を削除し、第三（抗告訴訟）に、一号の二として次の事項を加える。

一の二 法令の取消を求める訴訟

註（一） C 案（この案によるときは、解釈上処分に準じて取り扱うことになる。）

第六（規範統制請求）を削除。」⁵¹

後に、実質的当事者訴訟の部分、すなわち「公法上の法律関係に関わる訴訟」は、小委員会において意見の対立をみることなく、最終案まで維持され、立法化されるが、規範統制請求訴訟は紆余曲折を辿り、結局削除されることになる。

その後、当事者訴訟が小委員会において議論されるのは、1957（昭和32）年12月6日の第29回小委員会、および1958（昭和33）年1月10日開催の第30回小委員会においてである。

第29回小委員会において注目されるのは、杉本幹事がいわゆる当事者訴訟の補充性にふれ「その点は、現行法の解釈としても、やはり抗告訴訟が許されている場合には、当事者訴訟を許されない趣旨だろうと思います」と述べているのが注目される⁵²。

第30回小委員会の冒頭においては、杉本幹事が、実質的当事者訴訟について、以下のような説明をしている。

「第五の三号『公法上の権利関係に関する訴訟』、これは、現行法と大体同じで、『その他の当事者訴訟』と考えられてきたものでありまして、例えば、俸給請求権に関する訴訟などであります。しかし特に御留意願いたい点は、現行法の解釈では無効確認訴訟とか或いは選挙に関する訴訟といったものもこの中に入れて考えているのでありますが、この案でいっているものは、そういったものを全部ひっくるめた意味のものではないのでありまして、つまり、抗告訴訟以外の公法上

50 塩野・行政事件訴訟法（1）・別冊付録3－4頁。

51 同上・4頁。

52 塩野・行政事件訴訟法（2）・869頁の杉本発言。

の権利関係訴訟という意味ではないのであります。例えば、行政庁に対して作為を請求する訴訟、公義務確認訴訟というようなものも、従来、多くの判決例では公法上の権利関係の訴訟とは考えない方がいいのではないかと、従ってそういう訴訟が許されるかどうかということは、ここの問題とは別にむしろ抗告訴訟としてできるかどうかという裁判権の問題として考えるべき問題であるという考えでいるものであります。」⁵³

ここでは、裁判所による無名抗告訴訟の創造への期待が述べられ、結局、これは2004（平成16）年の行政事件訴訟法の改正を待たなければ実現しなかったものであり、逆に当事者訴訟の守備範囲を特例法におけるよりも狭めてしまう、という皮肉な結果に結び付くことになるのである。抗告訴訟に関する規定の準用との関係で、以下の杉本発言も見逃し得ない。

「議論のむし返して恐縮ですが、考えようによれば、本質的には、抗告訴訟だけが、行政事件なのだ、当事者訴訟については、ただ必要な限度において、その抗告訴訟に関する規定の適用を受けただけなので、むしろ、行政事件のうちで、公法上の権利関係訴訟というのは、本質的には民事訴訟であるということもいえるのではないですか。」⁵⁴

杉本幹事は、当事者訴訟の検討の終盤で、次のような発言をしている。

「第五の三号については、先程一寸御説明申し上げましたが、不十分でありますので、それを補わせて頂きます。現行法の建前は、取消訴訟その他の公法上の権利関係訴訟となっておりまして、その他の公法上の権利関係訴訟というのは、非常に広いわけであります。つまり取消訴訟その他の公法上の権利関係訴訟というのは、当事者訴訟及び取消訴訟以外の一切の公法上の訴訟という考え方であると思われるのであります。この第三号の考え方は、そうではありませんので、権利関係に関する訴訟というところに重点をおいて考えておりまして、当事者間において公法上の権利関係が争いになっている訴訟、こういう積りであります。そこで、どういう違いが出てくると申しますと、無効確認訴訟も、従来は、取消訴訟以外の公法上の権利関係訴訟という考え方が強かったと思いますが、ここでは、そういうものは、この公法上の権利関係に関する訴訟の中に入らない。また、行政処分の作為不作為を求める訴訟というものも、現行法の解釈としては、その他の公法上の権利関係に関する訴訟という考え方で一応入れて、そして、更にその裁判権の問題として、そういう訴訟が裁判権の限界上許されるかどうかという問題として、議論されてきたわけであります。しかし、この案では、それらのものは、行政庁の権限行使不行使に関するものであって、そもそも公法上の『権利関係』に関する訴訟でないという〔ふうに〕考えておるので

53 同上・900頁の杉本発言。

54 同上・914頁の杉本発言。この点は、今日、当事者訴訟に対する仮処分の適用を考える上で参考になるものである。後に、衆議院法務委員会において、濱本政府委員が、松井誠委員の質問に、次のように答弁していることも重要である。「その点については規定しておらぬわけでありまして、執行停止を準用するのじゃなくて、民事訴訟の例によるわけですから、保全処分ができるということになるというのが私どもの解釈であります。」（塩野・行政事件訴訟法（6）・325頁）つまり、立法者は当事者訴訟には仮処分が可能と考えていたことは、注目に値し、学説としても、そのような解釈が可能であることの論拠となるものである。

あります。それで、そういう訴訟が許されるかどうかという点は、むしろ、行政権の行使、不行使を求めるという点でそれは抗告訴訟許否の範疇に属するようなものであるという考え方に立つことになります。それでは、この三号は、具体的にどのような訴訟を考えているかということになりますが、これは余りないと思います。説明にならぬかも知れませんが、補償金請求権、公務員の俸給請求権の訴訟等が考えられます。そもそも、こういうものを行政事件として取扱う方がいいのか悪いのかという議論から申しますと、こういうものは行政事件から落してしまって、民事事件として扱った方がいいのだというような議論もあるかと思いますが、この他に考えられるものもあるかと思ひまして、ここで、公法上の権利関係訴訟というものを、一号、二号で洩れたような場合を予想して規定したわけであります。」⁵⁵

ただし、ここで注意しておかなければならないのは、この時点では、第5章として、先にふれた規範統制請求訴訟が提案されていたことである。杉本幹事は、以下のように、規範統制請求訴訟を説明している。

「これにつきましては、やはり当事者訴訟の場合と同じように、抗告訴訟に対して特別な規定を設ける必要がある事項については特別な規定を設けるが、そういう必要がない事項については抗告訴訟に関する規定を準用するという建前に従ひまして、第五章として第41から第43までがその特別な規定、第44がその準用規定になっております。こういうような訴訟を特に行政事件として認める必要があるかどうか相当問題であると思われるのでありますが、この案でも、第六のA案、B案、C案と三案が提出されているのであります。B案の方は、第六（規範統制請求訴訟）を削除して、第三（抗告訴訟）に一号の二として『法令の取消を求める訴訟』を加えるというので、行政処分の取消訴訟の一例として考えてゆけばいいという考え方でありまして、特にこれを取り上げて別に扱う必要はないというのであります。それから、C案の方は、現行法の解釈により、処分の性質をもっているような法令については、処分に準じて抗告訴訟の適用がある、そういう解釈に任せておけばいい、特にこういう訴訟を認める必要はないという考え方でありまして、B案、C案は結局かような訴訟を認める必要がないというのでありますけれども、このA案の方の考え方としては、要するに、法令は、行政庁の処分とは区別して理解すべきである。法令の取消訴訟というのは、概念としてもおかしい、また、解釈に任せるといっても無理があるわけであるから、この際改正にあたっては、その性格に適応するように規定を整備した方がよいというのでありまして、ドイツの立法例並びにアメリカの宣言判決の制度を参照して規定を設けることにしたのであります。これにつきましては、まず第一に憲法との関係が問題になるわけですが、しかし、この案では、そういう抽象的な規範統制訴訟というものを頭においているのではないのでありまして、その法令によって、直接権利を侵害するとか、損害を与えとか、或いは少なくとも近い将来においてそういうことになる虞があるというような場合における違法宣言ないし効力の

55 塩野・行政事件訴訟法(2)・915-916頁の杉本発言参照。

宣言を考えているのであります。従って大体において、現行法の解釈として考えているところを立法化することを原則としているわけであります。第六の用語だけからは、あたかも抽象的な規範それ自体を統制する訴訟というようにとれますけれども、それは、この案では、原告適格の特則を設けて、そうでない趣旨を明らかにしているつもりであります。つまり抽象的な規範を統制する訴訟ではないわけであります。この点は、第41から第44まで関連させて見ていただければ明らかであると思います。(第41(法令の効力に関する訴の原告適格)ないし第44を朗読。)

第二に、原告の適格についてであります。第41の前段の方の『直接権利を侵害された者』ということになりますと、行政処分的な性質を持った法令ということになるわけであります。ただ問題は、『近い将来において法令の適用により権利を侵害される虞のある者』に原告適格を認めている点であります。これまで認めますと従来の解釈でカバーされない場合を含むことになりまして、制度としては宣言判決に近づくことになりませんが、国民の権利救済を実効性あらしめるためには、無効確認訴訟の場合と同様に、もし近い将来において行政庁が違法な法令を適用して国民の権利を侵害する虞がある場合には、その者に対しこういう訴訟が認められてしかるべきであると考えられるのであります。ただこの案では、宣言判決の制度のように解釈問題訴訟までも許容する趣旨ではないのでありまして、法令自体が違法である場合に限定しているのであります。この点が宣言判決の制度より若干狭くなっていると思います。

第三に被告適格についてであります。法令の場合には、普通の行政処分と違ひまして、その理屈から申しますと、被告は、法律の場合にはその立法をした国会ということになると思いますが、そうすることは、どうも適当ではないという考慮から、この案にありますように、法令に定める事務を所管する各大臣、外局の長、地方公共団体の長、その他これに準ずる者を被告として訴を提起するということにして被告適格について、抗告訴訟とは違った規定を設けたわけであります。

第四に判決の効力についてであります。これも、ドイツの規定にならったものであります。判決の効力は、他の訴訟と同様、当事者間だけにその効力を限るべきであるか、それとも対世的効力を認むべきかは、最も議論のあるところと思われるのであります。この案では、一応ドイツの草案理由書にもありますように、訴訟経済の観点から、判決に一般的効力を認め、やはりそういう法令自身については有効性を否定する判決だということを官報に公告して、そして一般的にそのことを知らしめるという建前を採っています。

それから最後に、第44(抗告訴訟に関する規定の準用)につきましては、まだ検討がよくすすんでおりませんが、抗告訴訟に関する規定が、先程申し上げました特別のもの以外は、大体において準用されることになっておるのであります。⁵⁶

しかし、規範統制請求訴訟案に対しては、即座に消極論、さらには反対論が提起されるのである。青

56 塩野・行政事件訴訟法(2)・917-919頁の杉本発言。

本委員は、次のような発言をしている。

「今の杉本幹事の説明では、非常に広い。私どもが受ける感じを変えるような法律ができれば、みんなこれに当たってしまう。これはおかしい。」⁵⁷

さらには、次のように述べる。

「何だか、これは、抽象的法規の訴訟を原告の範囲で制限するだけのことではないかと思うんですがね。」⁵⁸

さらには、次のようにも述べている。

「結局、杉本幹事のように、権利を侵害されそうなものにも、何らか救済の途を開かなければおかしいではないかと、こういうことは、権利侵害があったら、権利侵害からんでいろいろな訴訟を考えてゆくという、そういう格好になる。それで、法令の適用云々ということで、法令の審査を受ける機会はあるわけです。それをここで、法令の効力を否定するというような形の訴訟を特別に認める必要はないのではないか。また、今の憲法の建前では一寸問題ではないかと思う。」⁵⁹

青木委員は、法令の違憲宣言の必要性はないとともに、もしそのような訴訟を認めることになれば、憲法上の疑義が生じるというものである。

そもそも規範統制請求訴訟に対しては、入江委員長が極めて消極的であり、次のような発言が見られる。

「今の社会党の違憲立法審査の法律案だって、憲法違反だという説が出てきているでしょう。で、こういうふうに、今みたいなことになって、或る法律の改正を憲法違反の法律と決めることができるかと、いつてるでしょう。その権利の侵害だけを争うのではなくて、法律の効力を争うことになると思う。今の憲法からできるかどうかという問題もあるでしょう。」⁶⁰

これに、「それはあるでしょう。特に法律の場合に」との⁶¹、兼子一委員の即答はこの法案の運命を決定付けたといえよう。それでもなお、杉本幹事が、次のように、食い下がっているのが注目される。

「私は、或いは社会党の出した案のように、抽象的に規範統制する、権利侵害も何も伴わないそういう訴訟が許されるというのでしたら、それは司法裁判所の性格にふさわしくないといえると思うのですけども、権利の侵害を伴うものであるならば、これを許容するのがむしろ当然ではないかという感じがします。」⁶²

また、次のような田中真次委員と杉本幹事の応答は、この案が出て来た由来を理解する上で見逃し得ない。

「田中（真）委員 昨年、盛岡で出た昇給の全面ストップの条例、ああいうのは、これに入るわけ

57 同上・919頁の青木発言。

58 同上・920頁の青木発言。

59 同上・921頁の青木発言。

60 同上・920頁の委員長発言。

61 同上・920頁の兼子発言。

62 同上・920頁の杉本発言。

ですか。

杉本幹事 それは、入ると解釈してよいように思います。立案の時は、それを頭に入れていたのです。……権利の侵害を広く解釈して……。」⁶³

その後も、討論は続くが、結局「法令の効力を一般的に否定するという、そういう考え方は、皆さんのお考えでは認められない」ということになる⁶⁴。とはいえ、次のような発言が存在していたことも銘記されておいてよい。

「豊水幹事 結局、もし、この規範統制請求訴訟を認めないということになると、こういうような場合に、どういう訴訟を認めたらいいのでしょうか。抗告訴訟の形でゆくか、それとも公法上の権利関係に関する訴訟でゆくか、そのあと仕〔始〕末は何とかしなければならないと思います。」⁶⁵

この第30回小委員会に、田中二郎委員は欠席していたのであったが、次の第31回小委員会（昭和33年2月7日開催）において、機関訴訟についての検討が終了した後に、以下のような、委員長と田中委員との応答が存在していたことに注目する必要がある。

「委員長 これで一応この箇所は終わったわけですが、この前の時に規範統制訴訟というのは特に認めなくてもいいだろうという大勢になったのです。その時は、田中（二）委員はおられず、兼子委員の御意見も伺う機会がなかったわけです。要するに規範統制訴訟を認める実際の必要はないのではないか、かえって濫訴のおそれがあるのじゃないかという意味で規範統制訴訟というのを一応止めておこうということになったのです。けれどもその時に、ある規定が違法であることを宣言して貰わないと自分の実害を蒙らないまでも心配な場合には、宣言的裁判みたいなものを求める訴訟を認める必要がないだろうか、これは後で研究したいということだったのです。田中（二）委員はどうお考えですか。それから、中田委員にも御意見を伺えたら結構だと思うのですが……。

田中（二）委員 私は規範統制請求というのを独立な形で認める必要な〔は〕必ずしもないと思うのですが、しかし法令が制定されて、それが適用されれば権利侵害を生ずることが極めて明瞭で、しかもそれが目前に迫っているという場合の救済方法というのは現在の制度の下ではない。それに対する救済措置を理論的、解釈論的に考えて行くこともできましようけれども、こういう機会に、何か合理的な方法を考えて行くのはいいのではないかと思います。それをどういう形で認めたらいいか、まだはっきりした考えは出て来ないのですが、何かそういう形の救済方法ができれば、特に抽象的規範統制請求訴訟というものを認めなくともいいんじゃないかと思います。それからこういう場合には、議論されたかどうか知りませんが、日本の普通の考え方では、法令の無効ということは考えても、法令の取消ということはないのではないかと思います。規範統制請求訴訟という形を認めた場合に、その請求が容れられた場合、法令の無効確認という

63 同上・919－920頁の田中真次および杉本幹事発言。

64 同上・930頁の入江委員長発言。

65 同上・930頁の豊水幹事発言。

ことになるのか、それとも法令の取消を認めようとするのか。B 案の中には法令の取消を求める訴訟ということが書いてありますが、この取消というのは無効の宣言なのか、将来に向って効力を失うというふうに考えて行くのか。それが効力を失った場合に、それを基にして成立した法律関係はどういう影響を受けるのか。こういう点を考えて行くと、規範統制訴訟というのは、かなり複雑な問題を含んでいると思うのです。何か宣言判決の要件のようなものを書いて、そういう法令の施行によって具体的に危険が生ずるという場合には、先決問題訴訟かなんかの形で、その法令の執行を止めるような手続というものは決められないですかね。

委員長 今田中（二）委員がおっしゃったようなものの認めるときに、或法令が先決問題としても無効であるという判定になったときは、法令は無効になってしまうのですか。それとも、出訴した人に限り無効になるのですか。

田中（二）委員 私のような考え方からしますと、その者に対する関係だけ効力を失う。しかしそう決まれば、当該行政庁ない国会ではそれを廃止するなり変更する手続を当然とるべきだろうと思うのです。」⁶⁶

委員長から指名された、中田委員は、規範統制訴訟に消極的な見解を述べた後⁶⁷、田中（眞）委員の「ここでは抽象的な訴訟を考えているわけじゃないですね」という問いかけに⁶⁸、杉本幹事が次のように応えている。

「ええ、今憲法上の問題と社会党の法律案のお話がありましたけれど、この案はそのような考え方とは全然違い、やはり権利の侵害ということが前提となっているのです。憲法上の問題からいっても、抽象的な訴訟というものは許されないという最高裁の判決も、事件に具体性がないという点にあるのだらうと思います。そういう抽象的な訴訟は司法権の性質から言って考えることはできないんじゃないかということは立案に当たっても十分に考慮しているつもりです。ただ、ここにいう法令とは何かということで若干問題があるのですが、法令の中には、法令自体によって直接に、現に具体的に国民の権利を侵害しているものがあるのですね。そういう場合に抗告訴訟の形で行くという従来の解釈では、それを行政処分というように考えているのですか〔が〕、やはり法令は法令であって、行政処分とは性質を異にしますから、行政処分というように拡張解釈しないで、制度として率直にこれ〔を〕認め、それに直したような規定を設けたほうが適當ではないか。そういう観点から、法令の効力に関する訴訟というものについて若干規定を設ける必要があると考えたのであります。」⁶⁹

さらに、杉本幹事は、次のように述べている。

「私も必ずしも原案を主張するわけじゃないのですけれども、この際、何か特例法でも法令につい

66 同上・965－966頁。

67 同上・967頁。

68 同上。

69 同上・967－968頁。

ての訴訟を徹底して考えておいた方がよいように思うのです。抗告訴訟に準じて規定を設ける考え方も公法上の権利関係で救済されるのだという考え方も、どこか無理があるように思いますが・・・。」⁷⁰

規範統制訴訟は、このようにして独自の類型とする案としては消えるのであるが、杉本幹事のこのような粘りが効を奏したのか、第2次案（昭和33年2月28日）において、その（無効等確認訴訟）の三号に「法令の効力に関する訴訟」として残され、第36において、以下のように述べられている。

「法令の効力に関する訴は、法令により直接権利を侵害された者であって、当該法令の無効または不存在を前提とする現在の法律関係によって、その目的を達することができない者に限り、これを提起することができるものとする。」⁷¹

杉本幹事は、これを第32回小委員会（昭和33年3月7日開催）において⁷²、次のように説明している。

「例えて申しますと、警察法などで、従来の中央警察職員の身分がその法律の施行によって失われるというような場合であれば、公法上の権利関係に関する訴訟でも、身分確認の訴訟は起こせるわけなのです。大体それでいいのでしょうけれども、たゞそういう権利関係に還元できないような場合もありうるのではないかと、例えば、法令によって或る地域の建築を禁止したという場合に、その法令が無効であるということを主張する場合は、現在の法律関係に還元することはやはりむづかしいのではないかと思うのです。そういうような場合に、これを普通の抗告訴訟として行政庁の処分なみに扱うということも、どうかと思うのです。そう考えてゆきますと、こういった場合も必ずしもないわけではないし、それから、特例法を全般的に考え直してみようとするれば、こういう場合の措置も、やはり講じておいた方がいいのではないかとこの積りであります。」⁷³

しかし、規範統制訴訟を変形した形のこの第3次案も、次のような三ヶ月幹事からの反対にあう。

「たゞ他の事件と違って、こういう形でもってこられますと、第三十六のようにしほったとしても、そこに何か一般的なものが摺まえられる恐れがあつて、そういうふうな具体的な法令なり何なりに関する政治的な争いというのが、みなそこに持ち出されるという可能性は、非常に大きいのではないかとこの思ふのです。」⁷⁴

なお、この第32回小委員会において、以下のような応答が行われた。

「雄川幹事 ですから、問題をこういう形で解決するよりも、法令自身が行政処分に準じて考えら

70 同上・970頁。

71 塩野宏編著『日本立法資料全集38 行政事件訴訟法(4)』（以下、塩野・行政事件訴訟法(4)）という170頁。

72 この脈絡ではないが、田中（二）委員が、公法上の権利関係訴訟について、「ただ、そういういろいろな場合のことを言い出してくれば、公法上の権利関係に関する訴訟というものゝ限界は、分からないですね」（同上・974頁）という発言が目される。なお、これに対して、杉本幹事が「先程田中（二）委員が言われたように、そも、公法上の権利関係に関する訴訟というものを、行政事件として特別な取扱をする必要があるかどうか、考えられる範囲のこれに該当する事件は、普通の民事訴訟でいいのではないかと考えられる。」（同上・975頁）ここに、杉本幹事の、公法上の当事者訴訟は、本来民事訴訟であるという基本的スタンスを見て取れるのである。

73 同上・982頁。

74 同上。

れる場合には、抗告訴訟で救うことにした方が難が少いような感じがしますけど。

青木委員 私の考えもそうなのですが、法令の効力ということを訴訟物にするような形の訴訟を新たに設けなくて、抗告訴訟なり或いは現在の法律関係の訴訟なり今までの訴訟でもって、救われるところがあったら、この方を広げた形でやった方が……。

田中（眞）委員 公法上の権利関係に関する訴訟でも、そういう宣言的判決を求めるというような訴訟を起こせないこともないでしょうね。」⁷⁵

また、第33回小委員会（昭和33年5月30日）において、第3次案について、杉本幹事が、以下のような発言をしていることも注目される。

「二号は法令の無効宣言の訴というのでありますが、この点については幹事会では、実は四案ほど修正案がありまして、議論が取捨つかなかったのですが、四案までも別案として書くというのはどうも体裁が悪いもんですから別案は代表的なものを選んでたゞ一つだけにしました。幹事会としては別案の方が有力でありましたが、この点は御了承願いたいと存じます。別案の趣旨は、つまり法令というような一般的なものを訴訟事項として訴訟の対象にするのは妥当でない。やはりもっと範囲をせばめて行政庁の処分により生ずる効果と同様の効果を直接に生じさせる法令、こういう行政処分的な法令だけに限定すべきだというわけであります。それでこの行政庁の処分により生ずる効果と同様の効果を直接に生じさせる法令であります、これにつきましても取締法令もこの中に入るのかというような疑問が出てまいりまして、まだ幹事の間でも解釈の統一ができておりませんけれども、いずれにしてもその文言について相当疑問があるところと思われまゝ。本案は、第二次案の表現をかえて特に法令の違法宣言と申しましても法令の効力の訴と申しましても同じことであります。たゞ法令が無効であるというよりも違法宣言といった方がひびきがやはらかいのではないかという考慮だけであります。」⁷⁶

とはいえ、第3次整理案（昭和34年6月19日）までは残されるものの⁷⁷、第4次案（昭和35年4月15日）において⁷⁸、さらにはこれを引き継ぎ小委員会案として法制審議会に提出されることになる、第5次案（昭和35年7月1日）においては、削除されることになる。

先に述べたように、入江文書として今日目にすることができる詳細な議事録は、第42回小委員会（昭和34年3月17日）までであり、規範統制訴訟ないしは法令の効力確認訴訟が削除された明確な理由を知ることはできない。しかし、そこまでの議論から、推測をすることは可能である。すなわち、法令の違法宣言ないし確認を裁判所が行うことは、わが国の司法権の性質に適合しない、と考えられたことである。なお、その後の第43回会議経過概要（昭和34年5月29日）に、以下のような記載が残されている。

75 塩野・行政事件訴訟法（2）・986頁。

76 同上・1028頁。

77 塩野・行政事件訴訟法（4）・280頁。

78 同上・275頁参照。

「冒頭に杉本幹事から、幹事会における研究の結果の概略を要綱試案（第三次案の整理案）に基いて説明した。これに対し、田中（二）委員から、第三次案と右の整理案との比較対照表と、修正理由の概要を一覧しうるようなものを作成配布されたい旨の要望があり、幹事において研究の上右要望に沿う処置をとることとなった。

次いで、整理案第二から第七までの審議に入り、まず法令の効力の訴について議論が行われた。この種の訴については、廃止論をとなえる意見が平賀委員から主張され、これをめぐって次のような意見が出た。

- （１） 刑罰法規の無効確認訴訟の結果はのちの刑事裁判なり刑事訴追に対してどのような拘束力をもつか。もしなんらの拘束力を持たないとすれば、かかる訴は無意味である（平賀委員、水田幹事）。これに対しては、例えば行政処分が犯罪成立の一要素をなしている場合におけるその処分の取消訴訟や無効確認訴訟についても同様の問題があり、これらの訴訟における判決は刑罰権の存否そのものとは直接の関係がないが、それとかかる刑事訴追の可能性を理由として訴の利益なり必要を認めることとは一応無関係に考えてよいのではないかと意見が出された（田中（眞）委員、雄川、白石、中村各幹事）。
- （２） 『行政処分と同様の効果を生ずる法令』の意味が不明である。個人の権利義務に直接影響を与える法令という意味だとすれば、通常の民事法規もこれに入ることにならざるを得ないが、それは不合理であろう。だとすればそもそもこのような法令の効力を直接争う訴訟を認めること自体が疑問なのではないか（平賀委員）。
- （３） 行政権の行使として制定される命令についてこの種の訴訟を認めることには格別異論はないが、法律を対象とする訴訟を認めることは疑問である（柳瀬委員）。法律と条例を除いた方がよいではないか（兼子委員）。
- （４） 法令のような抽象的法規の無効を主文で確定することは、形式的におかしい。法令の無効を前提とする現在の法律関係の訴訟として構成することは考えられないか（真田幹事）。
- （５） 法律と条例を除くのでは實際上この種の訴を認める意義がない。もともとこの種の訴訟を認めることを考えるに至ったのは、ふつうの訴訟では救済されないような場合にもなお司法救済を与えてやる必要があるのではないかということから出発したのであり、その必要性の有無については、すでに従来の小委員会の審議において一応積極の結論が出ているのではないかと了解している。もちろん正式に決をとったわけではないから、必要ならこの際この点について決をとることも考えられるが、一応従来の経過に照らして原案ではどういう不都合を生ずるか、もしこれがだめなら他にどういう形の救済方法を考えるかという点に審議を集中した方がよいのではないかと（田中（二）委員）。
- （６） 現行制度の下で救済を与えられない場合や救済の能否について疑問のある場合につきはつきりした救済方法をどの範囲において、またどのような形で与えるかがこの委員会における審議の方向であったと思うので、その線に沿って検討すべきである（新村委員）

以上の結果、原案の趣旨および問題点をもっと明らかにするとともに、他方各委員、幹事においても原案に代る具体案があればこれを持ち寄ってさらに検討するということになった。」⁷⁹・法令の効力確認訴訟が小委員会案に明記されることが否定されるのは、審議経過概要を辿ると、第46回小委員会（昭和34年10月23日）においてである。そこには、次のように記述されている。

「また法令の効力の訴えおよび処分権不存在確認の訴の削除については、この種の訴を排除する趣旨ではなく、真にその必要がある場合には第三の第一項の概括規定によりこれを認めることも可能とする余地を残すという条件の下にほぼ了解された。」⁸⁰

ここで、確認しておきたいことは、小委員会における削除は、法令の効力確認訴訟を否定する意図ではなく、これを抗告訴訟の概括規定に含ませる、すなわち無名抗告訴訟として認められる余地を残しておくということを意味していたことである。さらに、確認しておくべきことは、真田幹事および田中（眞）委員の意見に代表されるように、幹事ないしは委員の中には、これを公法上の当事者訴訟で争うことができると考えていたメンバーが、既に立案過程において存在していたことである。ただし、幹事の代表格である杉本幹事が、前者の論者であったことによると思われるが、その後の実質的当事者訴訟の説明においては、これを、狭いように説明していることである。従って、その後の国会審議における政府委員からの説明は、「後段の訴訟は、たとえば俸給の請求が争われる訴訟のように、実質上の当事者間において公法上の法律関係が争われる訴訟を規定したものであります」との簡単な説明が繰り返されたのである⁸¹。

（3）改正行政事件訴訟法

2004（平成16）年の行政事件訴訟法の改正は、1999（平成11）年に内閣に設置された、司法制度改革審議会（佐藤幸治会長、竹下守夫会長代理）において、2001（平成13）年の最終意見書の中で、「司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠」とされ、「政府においては、行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、本格的な検討を早急に開始すべきである」とされたことを嚆矢とする⁸²。

司法制度改革審議会は、それまでの政治改革、行政改革の動向の中で設置され、その後の司法制度改革を方向付けたものである。行政事件訴訟法の改正については、中坊公平委員から、第4回審議会（平成11年10月5日）に提出された「第4回司法制度改革審議会へのメモ」の中に、「行政に対する司法のチェック機能の充実」が記述されており⁸³、第5回審議会（平成11年10月26日）においては、庫山恆輔仙台市民オンブズマン事務局長がヒヤリングの中に、「行政訴訟を市民の利用しやすいものに」との提

79 塩野・行政事件訴訟法（3）・100-101頁。

80 同上・103頁。

81 塩野・行政事件訴訟法（6）・41頁の、昭和37年2月8日の衆議院法務委員会における濱本政府委員の説明参照。

82 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリスト増刊（2005年3月）199頁。

83 司法制度改革審議会（第4回）議事録別紙参照。

言が含まれていた⁸⁴。司法制度改革審議会での議論は、第9回審議会（平成11年12月21日）において「論点整理」の決定がなされ、また第38回審議会（平成12年11月20日）において「中間報告」が決定され、さらに第63回審議会（平成13年6月12日）において「最終意見」が小泉首相に提出されるという方向で進化した。

司法制度改革審議会の「論点整理」の中に、「裁判所は、統治構造のなかで三権の一翼を担い、司法権の行使を通じて、抑制・均衡の統治体系を維持し、国民の権利・自由の保障を実現するという重要な役割を持つ。行政訴訟制度や違憲審査権行使の在り方については、従来さまざまな批判や提言がなされてきたところであるが、21世紀の我が国社会で司法の比重が増大するなか、行政・立法に対する司法のチェック機能を充実させる方策について検討することが必要である」と述べられていた⁸⁵。

その後の「中間報告」においては、「そもそも、裁判所は、統治構造の中で三権の一翼を担い、司法権の行使を通じて、抑制・均衡の統治体系を維持し、国民の権利、自由の保障を実現するという重要な役割を持つものであるが、21世紀の我が国社会で司法の比重が増大していくことや、行政訴訟制度の在り方について、従来、様々な批判や提言がなされてきたこと等を踏まえると、行政に対する司法のチェック機能を充実させることは重要である。そうした視点から、行政訴訟制度の改革が不可避であるが、更に検討すべきである」とされた⁸⁶。ここでは、「論点整理」の中の、行政に対する司法のチェック機能の部分だけが残し、立法に対するチェック機能が消えるとともに、行政訴訟制度の改革が付加され、明記されたことが注目される。立法に対する司法のチェック機能が消えたのは、外部にいる者には詳らかではないが、行政に対するチェック機能の手段としての行政訴訟改革が浮上してきたのは、第21回審議会（平成12年6月2日）における、塩野宏教授からのヒヤリングおよびその後の質疑応答が影響したことは確かであろう⁸⁷。

「中間報告」後の、第41回審議会（平成12年12月21日）において、園部逸夫教授、藤田宙靖教授、および山村恒年弁護士から、いずれも行政事件訴訟法の改正の必要がある旨のヒヤリングが行われ⁸⁸、第42回審議会（平成12年12月26日）においては、委員間の意見交換が行われ、そこでは一致して改正の必要性を唱えるものであった。

2001（平成13）年6月12日に小泉内閣総理大臣に提出された、「司法制度改革意見書」は、三つの柱、すなわち「国民の期待に応える司法制度」、「司法制度を支える法曹の在り方」、および「国民的基盤の確立」からなるものである。「司法の行政に対するチェック機能の強化」は、「国民の期待に応える司法制度」の、「第1 民事司法制度の改革」として、その九番目に登場してくるものであり、そこには「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、『法の支配』の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的な検討を行う必要がある。政府において、本格的な検

84 司法制度改革審議会（第5回）議事録別紙2参照。

85 司法制度改革審議会（第9回）議事録別添1参照。

86 司法制度改革審議会（第38回）議事録中間報告（案）参照。

87 司法制度改革審議会（第21回）議事録および別紙1参照。

88 司法制度改革審議会（第41回）議事録および別紙1、2、3参照。

討を早急に開始すべきである」と述べられている⁸⁹。さらに、これを二つに分けて、以下のように述べている。

「(1) 行政訴訟制度の見直しの必要性

裁判所は、統治構造の中で三権の一翼を担い、司法権の行使を通じて、抑制・均衡システムの中で行政作用をチェックすることにより、国民の権利・自由の保障を実現する役割を有している。

しかしながら、当審議会の議論の中で、現行の行政訴訟制度に関しては、次のような指摘があった。すなわち、(i) 現行の行政訴訟制度に内在している問題点として、行政庁に対する信頼と司法権の限界性の認識を基礎とした行政庁の優越的地位（政策的判断への司法の不介入、行政庁の第一次判断権の尊重、取消訴訟中心主義等）が認められており、その帰結として、抗告訴訟が制度本来の機能を十分に果たしていない、(ii) 現行の行政訴訟制度では対応が困難な新たな問題点として、行政需要の増大と行政作用の多様化に伴い、伝統的な取消訴訟の枠組みでは必ずしも対処しきれないタイプの紛争（行政計画の取消訴訟等）が出現し、これらに対する実体法及び手続法それぞれのレベルでの手当てが必要である、(iii) 行政事件の専門性に対応した裁判所の体制に関する問題点もある。

21世紀の我が国社会においては司法の果たすべき役割が一層重要となることを踏まえると、司法の行政に対するチェック機能を強化する方向で行政訴訟制度を見直すことは不可欠である。

このような認識に基づき、行政訴訟制度の見直しに関する当審議会における議論の中で挙げられた具体的な問題は多岐にわたった。

まず、行政訴訟手続に関する諸課題である。例えば、現行の行政事件訴訟法上の個別課題として、原告適格、処分性、訴えの利益、出訴期間、管轄、執行不停止原則等のほか、義務付け訴訟、予防的不作為訴訟、行政立法取消訴訟等の新たな訴訟類型の導入の可否も問題となる。さらに、民事訴訟をモデルとした対応とは一線を画した固有の『行政訴訟法（仮称）』制定の要否も視野に入れることが考えられる。このほか、個別法上の課題（不服審査前置主義、処分性、原告適格等）の整理・検討も併せて必要となろう。

また、行政訴訟の基盤整備上の諸課題への対応も重要である。例えば、行政訴訟に対応するための専門的裁判機関（行政裁判所ないし行政事件専門部、巡回裁判所等）の整備、行政事件を取り扱う法曹（裁判官・弁護士）の専門性の強化方法等について、本格的な検討が必要である。また、法科大学院における行政法教育の充実も求められる。

(2) 司法及び行政の役割を見据えた総合多角的な検討

この問題に関する具体的な解決策の検討は、事柄の性質上、司法制度改革の視点と行政改革の動向との整合性を確保しつつ行うことが不可欠であり、また、行政手続法、情報公開法、行政不服審査法等との関係、国家賠償制度との適切な役割分担等に十分留意する必要がある。さらに、

89 司法制度改革審議会（第62回）議事録および配布資料参照。

行政委員会の準司法的機能の充実との関係にも配慮しなければならない。そもそも、司法による行政審査の在り方を考えるには、統治構造の中における行政及び司法の役割・機能とその限界、さらには、三権相互の関係を十分に吟味することが不可欠である。国民の権利救済を実効化する見地から、行政作用のチェック機能の在り方とその強化のための方策に関しては、行政過程全体を見通しながら、『法の支配』の基本理念の下に、司法と行政それぞれの役割を見据えた総合的多角的な検討が求められるゆえんである。

政府においては、行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、本格的な検討を早急に開始すべきである。」

この意見書を契機として、2001（平成13）年6月、塩野宏教授を座長とする行政訴訟検討会が、司法制度改革推進本部事務局の中に置かれることになったのである⁹⁰。行政訴訟検討会は、2002（平成14）年2月18日の第1回会合を皮切りに、その後31回の会合を持ち、そこでの成果が、今回の行政事件訴訟法の改正であることは言うまでもない。

当事者訴訟の部分について、当初、行政訴訟検討会においては、その廃止すら主張されていた⁹¹。しばらくの間は、当事者訴訟は忘れられた存在であったが、それが浮上してくるのは、実は当事者訴訟という形ではなく、確認訴訟の必要性という観点であった。2003（平成15）年4月25日に開催された第16回会合において提出された「行政訴訟制度の見直しについて検討の方向性が概ね一致していると思われる事項」においては⁹²、確認訴訟の創設については全く言及されておらず、確認訴訟が俎上になるようになるのは、2003（平成15）年4月25日の第16回行政訴訟検討会からであり、ここが一つのターニングポイントであった。

実は、第3回行政訴訟検討会以来、事務局に村田斉志参事官補佐が着任し、第9回検討会以降企画官として、第16回検討会において、現在その資料5として残されている「行政の作為・不作為の給付を求める訴え、確認の訴えの主な論点」をまとめ、その中に次のように記載されている。

「3 確認の訴え

（1）確認の訴えによる救済の必要性

確認の訴えによる救済が必要とされるのは、どのような場合と考えられるか。

（2）民事訴訟の確認の利益との関係等

行政訴訟における確認の利益と民事訴訟における確認の利益との関係について、どのように考えるべきか。

90 行政訴訟検討会のメンバーは、塩野宏東亜大学教授を座長に、市村陽典東京地方裁判所判事、小早川光郎東京大学教授、芝池義一京都大学教授、芝原靖典（株）三菱総合研究所取締役、成川秀明日本労働組合総連合会参与、荻原清子東京都立大学教授、福井秀夫政策研究大学院大学教授、藤井昭夫法務省政策統括官、水野武夫弁護士、および深山卓也法務省大臣官房審議官の11人である。また当初の事務局は、山崎潮事務局長、松川忠晴事務局次長、大野恒太郎事務局次長、小林久起参事官から構成されていた。

91 行政訴訟検討会（第2回）配布資料「芝池委員説明資料」参照。

92 行政訴訟検討会（第16回）配布資料1。

また、取消訴訟制度が確認の訴えにおける確認の利益の判断に対して及ぼす影響について、どのように考えるか。」

第16回検討会議の議論の中で、村田企画官は、次のように説明している。

「最後に、確認の訴えについて若干御説明させていただきたいと思います。・・・確認の訴えによる救済が必要とされるのはどのような場合と考えられるかについてご検討願いたいと思います。ここで申し上げております確認の訴えは・・・義務づけや差止めといった文脈で捉えられる、公権力の行使の発動・不発動を求めるための確認の訴えに限って検討していただくという趣旨ではございません。むしろ、民事訴訟か行政訴訟か、あるいは抗告訴訟か当事者訴訟かというような区別はさておいても、取消訴訟のような典型的な訴訟では必ずしも十分な救済が図られないけれども、確認の訴えであればその救済機能を発揮するというような場合があるとしたらそれはどのような場合なのか、といった観点から、確認の訴えによる救済が必要があるのはどのような場合かを御検討いただきたいという趣旨でございます。」⁹³

2003（平成15）年5月23日開催の、第17回行政訴訟検討会においては、その資料3として「行政の作為・不作為の給付を求める訴え、確認の訴えの主な論点（補充）」が提出され、ここでは、前回資料の3（2）の部分が欠落している⁹⁴。

2003（平成15）年6月13日の第18回会合において配布された「行政訴訟検討会における主な検討事項」において（同様のものは、7月4日開催の第19回会合においても資料1として配布検討されている）、まず基本的な見直しの考え方として「行政訴訟制度を見直して、国家賠償や行政不服審査の制度と相まって、国や公共団体から権利利益の侵害を受けた者の救済を実効的に保障する制度とする」とした上で、具体的な見直しの考え方の4に「権利利益の救済を実効的に保障するための多様な救済」として「（1）行政の作為の給付（義務付け）を求める訴え」、「（2）行政の行為の差止めを求める訴え」、および「（3）確認の訴え」が挙げられたのである⁹⁵。確認の訴えについて、「法律関係等が不明確であることによって権利、自由に危険、不安が生じている場合、これを除去するため、確認の訴えが認められる範囲を拡大すべきとの考え方」とした上で⁹⁶、検討課題について、以下のように記述している。

「この考え方については、例えば次のような更に検討が必要な問題がある。

ア 確認の訴えによる救済の必要性

確認の訴えによる救済が必要とされるのは、どのような場合か。

例えば、行政立法、行政計画のうち、取消訴訟の対象には該当しないとされるものに関し、その効力を争う者が当該立法又は行政計画の無効の確認を求める訴について、どのように考えるか。法律上効力がないとされる行政指導についてはどのように考えるか。

93 行政訴訟検討会（第16回）議事録37/44頁。

94 行政訴訟検討会（第17回）配布資料・資料5・8頁参照。

95 行政訴訟検討会（第18回）配布資料・資料4。

96 同上・14頁。

イ 民事訴訟の確認の利益との関係等

行政訴訟における確認の利益と民事訴訟の確認の利益との関係について、どのように考えるか。

また、取消訴訟制度が確認の訴えにおける確認の利益の判断に対して及ぼす影響について、どのように考えるか。

ウ 無効等確認の訴えの取扱い

無効等確認の訴え（行政事件訴訟法第3条第4項）の原告適格を定める行政事件訴訟法第36条については、①判例の解釈・運用によることとすれば立法上の手当は不要であるとする考え方、②無効等確認の訴えの原告適格は、通常の民事訴訟における確認の利益よりも狭く制限されているとの見解に立ち、通常の民事訴訟における確認の利益と同一とする趣旨で、『当該処分又は裁決の存否又はその効力の有無を前提とする現在の法律関係に関する訴えによって目的を達することができないものに限り』との規定を削除すべきであるとの考え方、③無効等確認の訴えの原告適格については②と同様に民事訴訟の確認の利益と同一とすべきであるとの考え方に立って、そうであるとすれば、行政訴訟について特別の規定を置く必要はないとして、無効等確認の訴えの原告適格を定める規定を削除すべきであるとの考え方、④無効等確認の訴えの原告適格について定める規定を削除することとする場合、行政の行為の無効等の確認を求めたときに、確認の対象が過去の法律関係ないし事実の確認であるということから確認の利益がおよそ認められないという解釈がされるおそれがあるため、確認の利益がある場合には、処分又は裁決の存否又は効力の有無に関する確認の訴えであっても提起することができることを確認的に規定する必要があるとの考え方などがある。」⁹⁷

ここで、注目しておかなければならないことは、この段階では確認の訴えが、無効等確認訴訟をも包含する、かなり包括的な新類型としてイメージされていたことである。

2003（平成15）年7月4日の第19回行政訴訟検討会は、民事訴訟法学の山本和彦一橋大学教授を招いてのヒヤリングであった。その中の論点の一つが確認訴訟であり、「行政訴訟に関する確認の利益に関する判例の基準、事後的に義務の存否を争ったのでは回復し難い重大な損害を被る恐れがあるという基準であるというふうに承知しておりますが、そのような判例の基準は民訴における最近の学説や判例の動向からすると、やや狭すぎるのではないかという印象が否めない」という結論であったが⁹⁸、ヒヤリング後の質疑応答、とりわけ小早川教授が注目をしているのが印象的である。その後の改正案の方向を決定付けるものの一つであったと言える。また、第19回検討会の配布資料『行政訴訟検討会における主な検討事項』においては、「権利利益の救済を実効的に保障するための多様な救済」として、（１）行政の作為の給付（義務付け）を求める訴え、（２）行政の行為の差止めを求める訴え、

⁹⁷ 同上・14-15頁。

⁹⁸ 行政訴訟検討会（第19回）議事録10/50頁。

(3) 確認の訴えが挙げられ、(3) について、「法律関係等が不明確であることによって権利、自由に危険、不安が生じている場合にこれを除去するため、確認の訴えが認められる範囲を拡大すべきとの考え方」として、第16回行政訴訟検討会において、「行政訴訟制度の見直しについて検討の方向性が概ね一致していると思われる事項」として確認された事項と同様の指摘がなされている⁹⁹。

2003（平成15）年9月5日の第22回行政訴訟検討会において、配布資料3として、1「行政訴訟制度の見直しについての意見募集の結果について」、2「行政訴訟制度の見直しについての意見の主な項目」、3「行政訴訟制度の見直しについての意見募集の結果について」が配布されている。また、9月17日の第23回行政訴訟検討会においては、その配布資料1として「意見募集の結果と行政官庁等のヒヤリングにおける行政訴訟制度の主な論点」が配布され、第2-4-(3) 確認の訴えについて、以下のようにまとめられている。

「1 必要性、民事訴訟の確認の訴えとの関係

- ☐ 確認の訴えの対象は無限定であるが、確認の利益がなければ訴えの利益を欠く。確認の訴えが認められる範囲を拡大する必要性が乏しい。（全国知事会）
- ☐ 行政立法や行政計画のうち、取消訴訟の対象にはしないとされるものに関し、無効の確認を求める訴えを認めることは適当ではない。（総務省）
- ☐ 取消訴訟に該当しない行政立法、行政計画について、無効確認の訴えができるものとすべき。
- ☐ 行政処分以外を争う訴訟は、確認訴訟を当事者訴訟と位置づけ、判決の拘束力も併せて考慮すべき。
- ☐ 民事訴訟の確認の訴えを認めるべき。行政訴訟として新設する必要はない。
- ☐ 法律上効力がない行政指導には、無効確認の訴えを起こすことはできない。
- ☐ 個人の権利・利益の侵害と直接に結びつく場合に限定して認めるべき。

2 確認の訴えが認められる場合

- ☐ 確認の訴えが認められる範囲を拡大する場合には、確認の対象、確認の利益が認められる範囲等につき、法律において限定すべき。（法務省、財務省）
- ☐ 現在の法律関係に関する訴えによって、目的を達することができる場合には、確認の訴えを認める必要はない。（法務省）
- ☐ 行政訴訟の確認の利益と民事訴訟の確認の利益とは、同じであるべき。
- ☐ 行政訴訟の確認の利益は、民事訴訟の確認の利益より広く捉えるべき。」¹⁰⁰

2003（平成13）年9月17日の第23回会合において、この「意見募集の結果と行政官庁等のヒヤリングにおける行政訴訟制度の主な論点」が議論されたが、福井秀夫委員から「要するに、手前で今までは

99 行政訴訟検討会（第19回）配布資料の資料1「行政訴訟検討会における主な検討事項」14-16頁参照。

100 このうち、○は「意見募集からの意見」、□は「行政庁の意見」である。

処分性の点で取消訴訟になじむかどうか分からなかった点でも、少なくとも確認の訴えで受け止められるという類型をつくることには、大いに実益がある」という意見が出された程度で、会議の中で十分な検討がなされた形跡は見られない¹⁰¹。

2003（平成15）年10月24日の第24回会合に提出された「行政訴訟制度の見直しのための考え方と問題点の整理（今後の検討のためのたたき台）」の（3）多様な救済方法による救済の拡大の中で、①義務付け訴訟の法定、②差止訴訟の法定に続き、③確認訴訟による救済の可能性として、以下のように述べられている。

「国若しくは公共団体又はこれらの機関の行為であって『行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為』（行政事件訴訟法第3条第2項参照）に当たらないものであっても、当該行為又はこれに接続する行為などによって損害を受け、又は損害を受けるおそれがある場合に、これらの行為に係る法律関係等の確認をすることにより救済を図ることの実効性についてなお検討する。」¹⁰²

これには、以下の三つの注が付記されている。

「（注1）確認訴訟は、確認の利益が存する場合には、行政訴訟においても一定の要件の下に認められ得ると考えられるところ、多様な救済方法による救済の拡大の趣旨にかんがみ、確認訴訟による救済の可能性について検討する必要があるのではないか。

（注2）行政訴訟における確認の利益と民事訴訟における確認の利益の考え方との異同、その異なる点につきいかなる理由により具体的にどのような場合が異なることとなるのかについて検討する必要があるのではないか。

（注3）取消訴訟の対象である『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』（行政事件訴訟法第3条第2項）は、判例により『公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し、あるいはその範囲を確定することが、法律上認められているもの』であると解されており、このような行為に当たらない行為を争う際に確認の利益が認められる場合としてどのような場合が考えられるのかについて検討する必要があるのではないか。」¹⁰³

これに続けて、「④訴訟の対象」においては、以下のように記述されている。

「行政立法、行政計画、通達、行政指導等のうち、判例により取消訴訟の対象と認められていない行為について、訴訟類型の拡充を行ってもなお救済が不十分で行政訴訟による救済が必要とされるのはどのような場合か、その場合につき、確認訴訟による救済の可能性との関係についてどのように考えるか、立法により訴訟の対象を拡大する方法としては、一般法である行政事件訴訟法により訴訟の対象を拡大するのが適当か、それとも個別法により法分野ごとに争訟の方法を定

101 行政訴訟検討会（第23回）議事録24/42頁。

102 行政訴訟検討会（第24回）資料1・3－4頁。

103 同上・4－5頁。

めることが適当かなどについて、十分な検討を行う必要がある。」¹⁰⁴

これには、以下の四つの注が付記されている。

「(注1) 行政立法・行政計画については、より適切な救済方法として、それぞれの行為形式に応じた独自の訴訟手続を検討すべきか否か、その際、紛争の成熟性があることを実質的な要件とした制度とすべきか否か、出訴期間や後続処分に係る違法性の承継についてどのように考えるかなどについて、手続の在り方を含めた行政の行為形式とそれに対する争訟制度の在り方全般にかかわる問題として、さらに検討する必要があるのではないか。

(注2) 行政指導については、『行政指導の内容があくまでも相手方の任意の協力によってのみ実現されるもの』(行政手続法第32条第1項)で、『相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない』(行政手続法第32条第2項)とされていることから、確認訴訟を含む行政訴訟による救済の必要性及び妥当性がどのような点にあるのかについて、民事訴訟(損害賠償請求・差止請求など)による救済の可能性及び妥当性を踏まえ、さらに検討する必要があるのではないか。通達についても、一般的には行政機関内部の行為とされていることを踏まえ、同様の観点から、さらに検討する必要があるのではないか。

(注3) 取消訴訟の排他性の範囲さらにはその是非を含め取消訴訟制度そのものを見直す考え方、形成訴訟である取消訴訟に代えて行政決定ないし行政上の意思決定の違法を確認し違法を是正(違法行為の除去、原状回復、作為の義務付けなど)することを目的とする訴訟類型を新設し、裁判所が判決に必要な是正措置を命ずるものとする是正訴訟の考え方及び取消訴訟の排他性の拡大解釈の防止の考え方については、行政の行為の在り方・効力全般にかかわる問題であり、訴訟物、請求の趣旨の特定と被告の防御権の保障等との関係など訴訟法理論上の整理が必要な問題も多く含まれることなどから、さらに検討する必要があるのではないか。

(注4) 事情判決の制度について、損害賠償ないし損失補償等の代替措置を講ずることができない選挙訴訟などでは事情判決をすることができないものとする考え方については、制度の運用状況等も踏まえて、さらに検討する必要があるのではないか。なお、選挙訴訟に関しては、公職選挙法において行政事件訴訟法第31条を準用していないが、判例において事情判決制度の背後にあるとされる一般法理が適用された事例があることについても考慮した上で、さらに検討する必要があるのではないか。」¹⁰⁵

この2003(平成13)年10月24日の第24回行政訴訟検討会は、今回の改正にとって重要な意味をもち、その「たたき台」はそのまま行政事件訴訟法の改正に繋がっていく。行政事件訴訟法4条の修正について、二点において重要な応答が存在した。まず、一つは、確認訴訟を盛り込む路線が確定したことである。芝池委員は、最後まで、確認訴訟を盛り込む方法ではなく、取消訴訟の拡大を主張し、「私は、

104 同上・4頁。

105 同上・230-231頁。

この違法確認訴訟を正面から制度化するよりも、取消訴訟の対象を少し、少しでいいと思うのですが、少し広げるという措置で対応すべきではないかと思っております」という主張は¹⁰⁶、塩野座長から反論される。確認訴訟を取り込む方向性が確定したと考えてよい。第二に、小早川委員からの「確認訴訟にすると、では民訴と何で分けるのかというお話があり、その辺これから詰めていく必要がある」との発言に対して¹⁰⁷、塩野座長からの「民訴でやってきたからいいという御返事ならいいのですけれども、あるから大丈夫でしょう」というのでは私は納得できない」との返答は¹⁰⁸、この確認訴訟を、公法上の当事者訴訟の中に存在することを示す方向で検討しようとする、塩野座長の強い意思を示すものである。

2003（平成15）年11月7日の第25回行政検討委員会においては、資料4として、「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料）」が配布、検討され、さらに山本隆司東京大学助教授（当時）作成による資料5「ドイツにおける確認訴訟の実例」が配布、検討されている。資料4には、次のようにまとめられている。

「第1 取消訴訟の対象に当たらないとされている行為に対する救済

- ① 行政計画、行政立法、通達でも、行為の直接の効果として国民の具体的権利義務に影響を及ぼす場合には、取消訴訟の対象とされている。・・・
- ② 行政庁の処分をまつまでもなく法令自体が直接国民の権利義務に影響を及ぼす場合に、その法令により権利義務に直接の影響を受ける国民が国に対しその法令の無効確認あるいは当該無効法令に基づく権利義務の存在、不存在の確認を求めることは、判例（最高裁昭和41年7月20日大法廷判決・民集20巻6号1217頁、別紙2参照）により許されているのではないか。
- ③ 取消訴訟の対象に当たらない行政立法、行政計画、通達、行政指導等の行為によって紛争が生じたときでも、行政立法、行政計画、通達、行政指導等により現に紛争が生じ、個別の事情として確認の利益が認められるような状況が生じているときには、当該行為を前提とする法律関係、権利・義務の存否、当該行為の無効等の確認を求める方法により救済されるのではないか。
- ④ 後の処分が差し迫っていない場合や、そもそも後に処分が予定されていない場合でも、行政立法、行政計画、通達、行政指導等により現に紛争が生じ、個別の事情として確認の利益が認められるような状況が生じているときには、当該行為を前提とする法律関係、権利・義務の存否、当該行為の無効等の確認を求める方法により救済されるのではないか。
- ⑤ ④の確認の訴えについては、取消訴訟の対象に当たる行為を直接の対象としていないことに着目すれば、一般的には、抗告訴訟ではなく当事者訴訟と考えられるのではないか。抗告訴訟の確認訴訟もあり得ると考えた場合、当事者訴訟としての確認訴訟との区別については

106 行政訴訟検討会（第24回）議事録25/45頁。

107 同上・27/45頁参照。

108 同上・28/45参照。

どう考えるか。また、救済の観点でどのような違いがあるか。・・・

第2 確認訴訟による救済の可能性

1 行政訴訟における確認の利益の考え方

- ① 行政訴訟における確認の利益について、『義務違反の結果として将来何らかの不利益処分を受けるおそれがあるというだけで、その処分の発動を差し止めるため、事前に右義務の存否の確定を求めることが当然に許されるわけではなく、当該義務の履行によって侵害を受ける権利の性質およびその侵害の程度、違反に対する制裁としての不利益処分の確実性およびその内容または性質等に照らし、右処分を受けてからこれに関する訴訟のなかで事後的に義務の存否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合は格別、そうでないかぎり、あらかじめ右のような義務の存否の確定を求める法律上の利益を認めることはできない』とする判例（最高裁判所昭和47年11月30日第1小法廷判決・民集26巻9号1746頁）について、どう考えるか。
- ② ①の判例の考え方は、民事訴訟において『確認訴訟以外の紛争解決手段（別の形の訴え等）が存在する場合には、原則として確認の利益が否定される』という確認訴訟の補充性の考え方と同じと考えるべきか。
- ③ 権利に対する現実の侵害が生じていない段階でも、権利についての不安を除去するために確認訴訟を提起することが認められるという、確認訴訟の紛争予防的機能についてどう考えるか。

2 確認の利益が認められる場合

- ① 確認の対象として適切なものとしては、どのようなものが考えられるか。権利義務法律関係の存否か、当該行為の法律上の効力か、当該行為の違法性か。確認の対象は、結局、事案ごとの事実関係に応じて、最も紛争解決に資する確認対象を選択するほかなく、その方が妥当な解決が図られるのではないか。・・・
- ② 行政訴訟における確認の利益をどのように整理するのか。確認の利益については、結局、事案ごとの具体的な事実関係に応じて、裁判所が判断するほかなく、その妥当な解決が図られるのではないか。」¹⁰⁹

2003（平成15）年11月7日の第25回行政訴訟検討会は、上述の資料4および資料5が配布され、確認訴訟が一つの議題として取り上げられた重要な会合である。その場においては、結論に至らなかったとはいえ、確認訴訟を活用し、どのように条文化するかが俎上に載ったといえる。問題として残されたのは、それを抗告訴訟に含ませるのか、あるいは当事者訴訟として考えるかの対立であり、また後者を選択した場合に、対世効がないことに問題が残らないのかが議論された。資料4が事務局から、

109 行政訴訟検討会（第25回）配布資料4・1～2頁。

資料5が山本隆司東京大学助教授（当時）から説明された後に、議論が始まるのであるが、水野委員は、これを抗告訴訟として捉える立場からの質問や意見を繰り返すのに対して、塩野座長は、あくまで確認訴訟の活用を強調し、それを導入することの意義を繰り返し主張している¹¹⁰。また、小早川委員からは、対世効がないことから問題はないか、さらには福井委員から、対世効を認めることの主張がなされている¹¹¹。しかし、塩野座長は、「やはり確認訴訟というものも活用ということは、日本法としても考えていいのではないか。また、民訴法の基本的ドグマティークがありますけれども、民訴法も揺らいで、多少変わっている段階において、行政訴訟なりの確認の利益というものも考えてもいいのではないか」¹¹²、という発言の中に、その方向性が見えるといえる。

2003（平成15）年11月28日の、第26回行政訴訟検討会においては、これが明らかとなってくる。その配布資料7「確認訴訟による救済の可能性、行政訴訟の対象（検討参考資料・補充）」には、以下のよう記述されている。

「第1 公法上の法律関係に関する訴訟による救済の可能性

『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』（行政事件訴訟法第3条第2項参照）を訴訟の対象として取消訴訟その他の抗告訴訟の方法による救済を求めることができない場合であっても、公法上の法律関係に関する確認の訴えは、『公法上の法律関係に関する訴訟』（行政事件訴訟法第4条参照）の一形態として可能な場合があるのではないか。公法上の法律関係に関する訴訟による救済の可能性は、法律上の争訟と認められる限り、確認の訴えに限らず、給付の訴えなどの訴訟の形態も、個々の事案によっては現行法の解釈上否定はされないのではないか。

第2 確認の対象

公法上の法律関係に関する確認の訴えが認められる場合に関し、確認の対象を広汎な『公法上の法律関係』の中からあらかじめ想定・特定して訴訟要件を定めることは、行政の法律関係にかかわる行政の活動様式や紛争の発生形態が著しく多種多様であることを考えると、困難ではないか。仮に確認の対象を特定して訴訟要件を定めた場合には、その確認の対象に当たるかどうかという訴訟要件をめぐって新たな争いが生じ、また、確認の訴えが限定的に解釈運用されることになるおそれもあることから、かえって訴訟要件を規定することが実効的な救済を妨げることにつながるおそれがあるのではないか。

確認の対象は、権利義務ないし法律関係の存否、行為の有無や違法性など多様なものが想定されるが、多様な法律関係の中であらかじめ特定の対象を取り上げて紛争解決に最も適した確認の対象を選択し、確認の利益が認められやすい訴訟の方法を選択することができる可能性を有する当事者訴訟の訴訟類型を利用する方が、実効的な権利救済につながるのではないか。

第3 確認の利益

110 行政訴訟検討会（第25回）議事録50-54/62頁参照。

111 同上・54/62頁参照。

112 同上・60/62頁。

確認の利益について、多様な行政上の法律関係について、あらかじめ特定の場合を想定して訴訟要件として定めることが可能か。仮に確認の利益が認められる場合を想定して訴訟要件を定めた場合には、その訴訟要件に当たるかどうかをめぐって新たな争いが生じ、具体的場面によっては民事訴訟で一般的に確認の利益が認められる範囲よりかえって限定して定めることになりかねず、訴訟要件を規定することがかえって実効的な救済を妨げることにつながるおそれがあるのではないか。」¹¹³

2003（平成15）年11月28日開催の第26回行政訴訟検討会は、確認訴訟ないしは当事者訴訟をめぐる行政事件訴訟法の改正について、極めて重要なものであった。この会合には、上記資料7が配布され、また確認訴訟についての理解を深めるために、外国法制研究会委員として、中川丈久神戸大学教授がアメリカにおける宣言判決について、橋本博之立教大学教授（当時）がフランスの例について解説することから、議論を開始している。水野委員からは、公法上の当事者訴訟のところに括弧書きをいれて、「抗告訴訟によることができない国または公共団体若しくはこれらの機関の行為の違法の確認を求める訴えを含む」ということを書くことが提案されている¹¹⁴。しかし、「今は全部出来ることは解釈で一般的に認められて、その際どういう要件がかぶさるかも解釈、そこは一切触らないで、ここだけ書くといのはいささか不親切な立法ではないか」¹¹⁵、という深山委員からの異論も出されている。結局、ここでは、塩野座長の「メッセージをどういう形で国民にお伝えするのかというのは、これまたいろいろな方法があるわけで、下手なメッセージは一番困るのですね。・・・今日のところは、大変申し訳ありませんけれども、括弧書きにするのか、括弧書きをもう少しリファインするのか、あるいはもっと別のところに書こうと思えば書けるところが、考えればたくさんあるのですが、しかし、書かない方がいいといったメッセージも十分あると思いますので、そこはもう少ししたいと思っています」ということになる¹¹⁶。

2003（平成15）年12月22日の第27回行政訴訟検討会において、資料1「行政訴訟制度の見直しのための考え方」が配布され、議論された。配布資料1の中の（その他の検討結果）の「1 確認訴訟の活用」において、以下のように述べられている。

「行政の活動・作用が複雑多様化したことに伴い、典型的な行政を前提として『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』を対象としてきた取消訴訟を中心とする抗告訴訟のみでは国民の権利利益の実効的な救済をすることが困難な局面への対応の必要性が指摘されている。

行政の活動・作用の複雑多様化に対し、国民の権利利益の実効的な救済を図る観点からは、確認訴訟を活用することにより、権利義務などの法律関係を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じ、実効的な権利救済が可能となる。」¹¹⁷

113 行政訴訟検討会（第26回）配布資料7。

114 行政訴訟検討会（第26回）議事録49/61頁。

115 同上・50/61頁。

116 同上・56-57/61頁。

117 行政訴訟検討会（第27回）配布資料1「行政訴訟制度見直しのための考え方」9頁参照。

この「考え方」の確認訴訟の部分について、水野委員および福井委員から、それを成文化することが主張されるが、それらは意見として、年内にまとめ、事務局に文書で提出され、「考え方」に付されることになったものの、この反対意見に対して、塩野座長が以下のように述べているのは、今後公法上の当事者訴訟を考える上で興味深い。

「この点は一言、行政法学者として申し上げたいのですけれども、今までこういった形できちんと論文を書いた人はいないと思います。いるとしても、非常に少数です。私はちょっと誤解していましたが、例えば高木光さん、あるいは園部さん辺りがこういうことを狙って言うておられたかと思いますが、私はどうもきちんとそこを受け止めていなかったというところがあります。そういう意味では、私の反省がここに込められておりまして、いい加減なことでこれを書いているわけではございません。一種の新しい考え方、つまり田中先生の取っておられた取消訴訟中心主義に対する別の考え方がやっここで出てきた。あるいは別の言い方をすれば、田中先生は公法上の当事者訴訟をもっとこういうふうに活用してほしいということであったのかもしれませんが。それは私が田中先生のメッセージを誤解していたのかと思います。典型的な俸給請求権訴訟ぐらいにしようということで、だから公法と私法の区別はありませんという議論をしていたことに対しましては、これは国民の権利救済の見地から見て、確認訴訟をもっと使えるようにしようではないか、あるいは、使うところがあったのに気が付かなかったのを気が付こうではないか、そこが非常に大きなメッセージだと思います。ただ、これだけでは国民に対するメッセージにはならないということは水野委員御指摘のとおりなんです。ですから、これをどういう形で国民に対するメッセージとして仕上げていくか、これを先ほどから、もし皆様の御同意を得られれば、メッセージをしっかりと作ってくれることを事務当局に頼むということはどうでしょうか、という趣旨なんです。ある意味、これは大変な転換だと私自身は思っております、行政法学の歴史から見て。」¹¹⁸

2004（平成16）年1月6日には、行政訴訟検討会の結論として、「行政訴訟制度の見直しのための考え方」が正式に提出されるが、確認訴訟について、12月22日の行政訴訟検討会において配布されたものと同様であるが、これに対しては、2名の委員の意見が付されており、以下のように述べられている。

まず、福井秀夫委員の意見である。

「行政計画、行政指導、行政契約、通達などの行政活動や作用についての違法等の確認訴訟は、これまでの実務でも、判例でも現実にはほとんど活用されてこなかったことから、仮に確認的なものであるにせよ、その確認、是正などを求める必要性があるかぎり、違法等の確認訴訟ができる旨の立法を明文で行うべきである。

この受け皿を公法上の当事者訴訟とすると、それと民事訴訟の区別という、公法と私法の争い

118 行政訴訟検討会（第27回）議事録21/28頁。

が生じて権利救済を阻害するので、その受け皿は公法上の当事者訴訟と民事訴訟とを問わないとすべきである。

また、今後、新しい訴訟類型が創設される結果、取消訴訟と義務付け訴訟、不作為の違法確認訴訟の間、取消訴訟と違法確認訴訟・民事訴訟の関係が曖昧で、訴訟類型間のキャッチボールの弊害が予想されるので、いずれか一方で却下された場合他方では受理しなければならないこと、却下する前に裁判所は釈明する義務を負うことなどを定めて、訴訟ルールの不明確性による権利救済の拒否を防止すべきである。

さらに、大阪空港訴訟最高裁判決に見られた裁判の拒否を防止することなくして、権利救済の実効性の確保という考え方が一貫性をもつとは考えられないので、『行政処分に対しては、民事訴訟法の定める民事訴訟、民事保全法の定める仮処分により直接にこれを差し止めることはできない』という規定を導入して、行政処分への影響が間接的なものは許容されることを明示するべきである。』¹¹⁹

また、水野武夫委員の意見は、以下の通りである。

「 確認訴訟を積極的に活用していくべきであるという共通理解が得られているが、何も法改正を行わないのに、今後これが現実には活用されるかは、大いに疑問である。したがって、抗告訴訟の対象に該当しない行政の行為について、公法上の当事者訴訟として、その違法確認訴訟が可能であることを条文に明記する必要がある。法制化にあたっては、条文化について検討すべきである。」¹²⁰

その後、行政事件訴訟法の改正案が検討され、そこでは、確認訴訟を公法上の当事者訴訟の中に取り込む形で作成され、2004（平成16）年5月18日には衆議院を通過し、6月2日には参議院を通過・成立した。この行政事件訴訟法の改正案には、衆議院法務委員会および参議院法務委員会の附帯決議が付けられている。たとえば、衆議院においては、「政府及び最高裁判所は、本法の施行に当たり、次の事項について格段の配慮をすべきである」として、以下のように述べている箇所が存在する。

「 一 本法については、憲法で保障された諸権利に十分に留意し、国民の権利利益の実効的な救済の観点から、国民が多様な権利救済方式を適切に選択することができるように配慮するとともに、行政訴訟の特性を踏まえた当事者の実質的な対等性の確保が図られるよう周知徹底に努めること。

．．．．．

四 公法上の法律関係に関する確認の訴えについては、権利義務など法律関係の確認を通じて、取消訴訟の対象となる行政の行為に限らず、国民と行政との間の多様な関係に応じた実効的な権利救済を可能にする趣旨であることについて周知徹底に努めること。」¹²¹

119 第27回検討会配布資料・前掲注117・12-13頁。

120 同上・15頁。

121 行政訴訟検討会（第28回）配布資料3所収。

改正行政事件訴訟法成立後の、2004（平成16）年7月23日に、第29回行政訴訟検討会が開かれているが、「考え方」の段階では、検討会の意見として確認訴訟を明文化しないということが、このような結果となったことについて、水野委員は質問をしているが、小林参事官は、「確認訴訟の点につきましては、まさにこの検討会では確認訴訟の活用についての意見が非常に強かったということを踏まえて、事務局でもよく検討した結果、やはり活用を図るためのメッセージを立法として送るべきではないかということで、こういう法改正の方向性をとったものです。むしろこの検討会の検討の趣旨に沿って考えました」と答えている¹²²。結局、確認訴訟の活用というところまでは、行政訴訟検討会において一致したが、それを行政事件訴訟法の改正案の中にどのように取り込むかについて、最後までコンセンサスを得ることはできず、最終的には、塩野座長と事務局との検討のプロセスの中で、公法上の当事者訴訟の中に取り込み、実質上新たな訴訟類型の一つとすることを狙ったと考えられる。

2004（平成16）年10月15日には、「行政事件訴訟法の改正の骨子と行政運営に当たっての留意点」が公表されているが、第4条関係として、「確認訴訟を当事者訴訟の一類型として明示」のタイトルの下に、以下のように述べている。

「当事者訴訟としての確認訴訟の活用を図るため、当事者訴訟の定義の中に『公法上の法律関係に関する確認の訴え』を例示として加えるものである（第4条）。

当事者訴訟の定義については、『当事者間の法律関係を確認し又は形成する処分又は裁決に関する訴訟で法令の規定によりその法律関係の当事者の一方を被告とするもの』及び『公法上の法律関係に関する訴訟』をいうと定められている（改正前第4条）。今回の改正は、当事者訴訟の定義について『公法上の法律関係に関する訴訟』をいうと定める規定を『公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟』に改め、『公法上の法律関係に関する確認の訴え』が、『公法上の法律関係に関する訴訟』の中に含まれることを明示するものである（第4条）。

『行政庁の公権力の行使に関する不服』（第3条第1項参照）を内容とする抗告訴訟の対象とならない行政の行為を契機として争いが生じた場合であっても、公法上の法律関係に関して確認の利益が認められる場合については、当事者訴訟として確認の訴えを提起することが可能である。そこで、『公法上の法律関係に関する訴訟』の中には、『公法上の法律関係に関する確認の訴え』が当然に含まれることを明らかにして、抗告訴訟の対象とならない行政の行為を含む多様な行政の活動によって争いの生じた権利義務などの公法上の法律関係について、確認の利益が認められる場合に、確認訴訟の活用を図るものである。」¹²³

122 行政訴訟検討会（第29回）議事録7/13頁。

123 行政訴訟検討会（第31回）配布資料2-3「行政事件訴訟法の改正の骨子と行政運営に当たっての留意点」3-4頁。

4 確認の利益

公法上の当事者訴訟は、その訴訟物が「公法上のもの」であるということであり、職権証拠調べや行政庁の拘束力など、行政事件訴訟法上の規定が準用されるが、これらの点を除けば、民事訴訟とほとんど違いが存在しない。そこで、その形態としては、給付訴訟、確認訴訟、および形成訴訟が考えられる。確認の利益についての考え方は、これまで民事訴訟法学において積み上げられてきた考え方を、その基本にして考えることができる。

民事訴訟法の通説的考え方によれば、「確認の訴えでは、確認の対象となりうるものは形式的には無限定であるから、判決による解決を必要とする紛争が現実にあるかという観点、および、紛争解決手段としての確認訴訟→確認判決の効率という観点から、確認の利益の存在を個々の訴えごとに吟味しなければならない」ことになり¹²⁴、以下の点が重要であるという。

「第一は、原告・被告間の具体的紛争の解決にとって、確認訴訟→確認判決という手段が有効・適切であるか（方法選択の適否の視点であり、確認判決以外の解決手段との役割分担が問題となる）、第二は、確認対象として選んだ訴訟物が、原被告間の紛争解決にとって有効・適切か（対象選択の適否）、第三には、原被告間の紛争が確認判決によって即時に解決しなければならないほどの切迫した成熟したものか（紛争解決の現実性とも即時解決の必要性ともいえよう）、第四に、訴訟物たる権利または法律関係について確認判決による紛争の解決をはかるのに有効適切な被告を選んでいるか（被告選択の適否）、の各点が考えられる。」¹²⁵

平成17年の在外邦人選挙訴訟最高裁判決は、主位的確認請求に係る訴えのうち、本件改正前の公職選挙法が選挙権行使を認めていない点において違法であることの確認を求めるものについて、「この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である」とされた。「過去の事実または過去に法律関係の確認は原則として許されない」との説に従ったものであるが¹²⁶、この点について、特に異論は存在しない。次に、主位的請求の第2点である、本件改正後の公職選挙法、すなわち選挙区選挙について選挙権行使を認めていないことの違法確認を求める訴えについては、「他により適切な訴えによってその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるというべきところ・・・予備の確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるということができるから、上記の主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない」とされた。確かに、選挙権行使を認めていないことの違法性の確認より、「次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にあることの確認を請求」する訴えが、紛争の解決により適切で

124 新堂幸司『新民事訴訟法 第三版補正版』（平成17年、弘文堂）249頁。

125 同上。

126 同上・253頁。

あることから、この点の最高裁判決も妥当であるといえよう。

在外邦人選挙権訴訟判決からの帰結として、法令を直接攻撃するのではなく、権利義務関係ないしは法律関係に引き直して主張することが、公法上の当事者訴訟の本来の姿である、と捉えていることが看取される。確認の利益については、民事訴訟法学においても柔軟に考えられてきていることは、山本和彦教授が行政訴訟検討会において指摘した通りであり、このことは公法上の当事者訴訟にも妥当すると考えられる。形式ではなく、国民の権利救済がまずもって考慮されるべきことだからである。

5 むすび

かつて棟居教授は「具体的争訟」であることを前提として、刑事訴訟、民事訴訟、および行政訴訟の類型を離れて、独自の憲法訴訟が存在しうるのか、存在しうるとすればどのようなものであるか、今後の検討課題であるとしていた¹²⁷。最高裁平成17年判決の検討をすることによって、今や、この問題に一応の解答を与えることができるであろう。すなわち、独自の憲法訴訟というカテゴリーを設定しなくても、行政事件訴訟法にいう公法上の当事者訴訟を活用することによって、人権侵害を救済する方法が既に存在するのであり、これに合わせて立法行為の国家賠償訴訟の活用を図るならば、既存の訴訟制度の中でも、基本権訴訟に匹敵するものを構築することができるということである。

これまで実質的当事者訴訟が利用されなかったのは、公法と私法について、二元論と一元論の激しい対立が存在することが、大きな理由であった。しかし、この点については、公法についての、実体法上の問題と、訴訟手続法上の問題は、それが無関係ではないにしても、一旦分離して考察することが可能である¹²⁸。言い換えると、この場面では、公法と私法という用語の使用は、便宜的に裁判所が使用してかまわないのであり、裁判所において大きな負担となるものではない。むしろ注意しなければならないのは、抗告訴訟、当事者訴訟、および民事訴訟という3種類の類型の存在が、それらの範囲の確定に拘泥するあまり、訴訟手続間での排除ないしはキャッチボールを起こしてはならないことである¹²⁹。

とはいえ、実体法の問題として、私法とは区別された公法が存在することの検討の重要性が否定されるものではない。訴訟法上の公法という使い方は、便宜的なものである。本来、実体法上の公法が存在し、その反映が訴訟法上の公法となるべきである。公法上の当事者訴訟が真に確立されるためには、実体法上、公法が存在することがその前提となると考えられる。わが国において、これまでの常識とは異なり、人権侵害に対する救済を確かなものとするには、公法概念の再検討が必要とされるのである。この点で、今日顧みられなくなった公権の再検討も、実は人権の確立や救済のためには有用

127 棟居快行『人権論の新構成』（平成4年、信山社）285頁以下参照。

128 阿部泰隆『行政法解釈学 1』（平成20年、有斐閣）69頁以下参照。

129 大阪空港訴訟判決（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）には問題が存在する。大切なのは、国民の権利救済の観点であり、訴訟形式あるいは訴訟類型にこだわり過ぎると、本末転倒した議論になりかねないことを銘記しておかなければならない。

なのかもしれない。訴訟法上の公法の問題は、立法や判例によって解消されることが不可能ではないとしても、そこには原理上の相違の再検討が必要とされている、と言えるかもしれない。やはり、公法原理を明らかにした上で、それを訴訟法にどう反映させるのかを検討するのが、本来のあるべき姿であろう¹³⁰。

130 この点で、London School of Economics and Political Science のラフリン教授の公法概念の研究は示唆的である。
Loughlin, M., *The Idea of Public Law* (Oxford University Press, 2003). Loughlin, M., *Foundations of Public Law* (Oxford University Press, 2010).